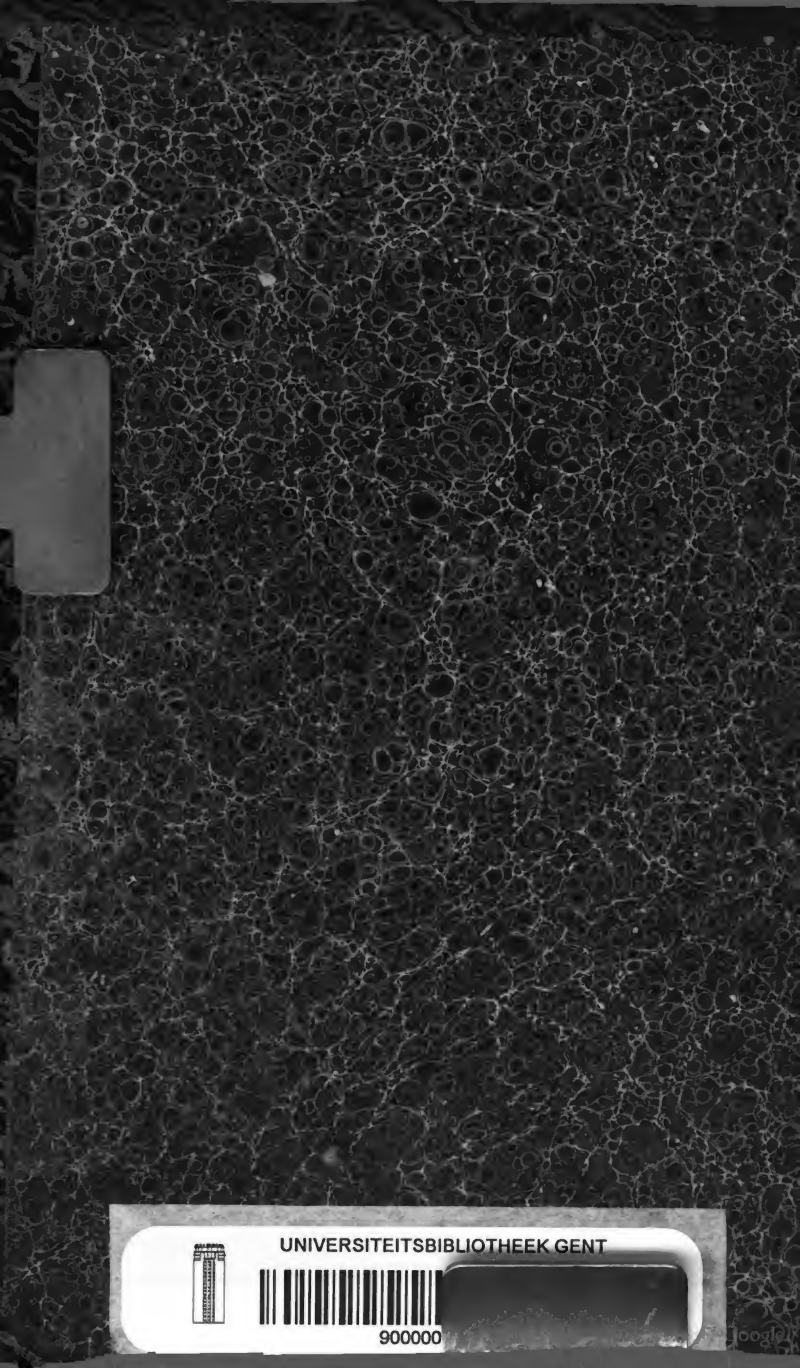

UNIVERSITEITSBIBLIOTHEEK GENT
900000

fr. 8205

Digitized by Google

Vorlesungen

über das

gemeine Civilrecht

von

Joh. Friedr. Ludw. Göschen.

Aus dessen hinterlassenen Papieren herausgegeben

von

Dr. Albrecht Erxleben,
Privatdocenten der Rechte zu Göttingen.

Erster Band.

Einleitung und allgemeiner Theil.

Göttingen
bei Vandenhoeck und Ruprecht.
1838.

Digitized by Google

Digitized by Google

Vorwort des Herausgebers.

Unmittelbar nach Göschens Tode regte sich in Einigen seiner Freunde der Wunsch, durch die Veröffentlichung der hier erscheinenden Vorlesungen desselben über das gemeine Civilrecht die Resultate seiner vieljährigen Wirksamkeit, als akademischer Lehrer der Rechtswissenschaft, auch dem weiteren Kreise derer zugänglich zu machen, denen es nicht vergönnt gewesen war, die in denselben enthaltenen Lehren, als seine Zuhörer, unmittelbar von ihm selbst entgegenzunehmen. Einmal laut geworden ergriff dieses Verlangen mit großer Lebhaftigkeit die Gemüther aller derjenigen, welche dem Hingeschiedenen im Leben nahe gestanden hatten. Befriedigung desselben wurde Bedürfniß, und es fragte sich nur, welche Rücksichten Beachtung forderten, ehe ein entscheidender Beschluß in dieser Angelegenheit von ihnen gefaßt werden durfte.

Die erste Rücksicht war die auf das juristische Publicum: hier zeigten sich indessen überall keine Schwierigkeiten, welche der Ausführung des Unternehmens hemmend entgegentreten konnten. Göschens Name hat in der juristischen Welt einen zu schönen Klang, als daß die allgemeinere Verbreitung seiner Lehren einer Rechtfertigung, geschweige denn einer Entschuldigung bedurft hätte. Diese Ueberzeugung, welche die Freunde des Verstorbenen damals erfüllte, wohnt ihnen auch jetzt noch in gleicher Stärke bei: und

Digitized by Google

wenn sie glaubten auf den Dank des juristischen Publicums hoffen zu dürfen, so haben sie sich in dieser Erwartung vielleicht nicht getäuscht.

Die Bedenklichkeiten, welche ihnen bei der zu ihrer Entscheidung gestellten Frage vorschwebten, lagen auf einer ganz anderen Seite: Göschen selbst hatte vor seinem Hinscheiden nichts über eine etwaige Herausgabe seines litterarischen Nachlasses verfügt: eben so wenig hatte er früher, wenn seine Freunde eine Veröffentlichung des hier vorliegenden Stoffes durch den Druck bei ihm in Anregung brachten, hierüber je eine entscheidende Erklärung abgegeben. Seine ängstliche Scheu, mit schriftstellerischen Productionen vor das gelehrte Publicum zu treten, ehe er sich selbst das Zeugniß zu geben wagte, daß der inneren, wie äußeren Vollendung derselben nichts mehr mangele, war ihnen bekannt. Vertrug es sich daher mit der Pietät, welche sie dem hingeschiedenen Freunde schuldig waren, wenn sie jetzt das der weiteren Oeffentlichkeit übergaben, was dieser selbst nicht unmittelbar für dieselbe bestimmt hatte? — Dessenungeachtet hielten sie sich zu dem Verfahren berechtigt, welches sie eingeschlagen haben. Die Bescheidenheit, welche eine der liebenswürdigsten Seiten in Göschens Charakter bildete, welche sein ganzes Wesen erfüllte, und der alleinige Grund jener ängstlichen Scheu war, die ihn zurückhielt, mit seinen Leistungen hervorzutreten, wo Andere dies unbedenklich gefunden hätten, konnte nur eine Aufmunterung mehr für sie sein, an seiner Statt das zu wagen, was er selbst zu unternehmen sich nicht getrauete. Zudem war ihnen bekannt, mit welcher Sorgfalt und Genauigkeit er stets den Stoff seiner mündlichen Vorträge verarbeitet hatte; einzelne Partien dessen, was jetzt hier erscheint, hatte er selbst schon bei dem letzten im Jahre 1831 erfolgten Abdrucke sei-

Digitized by Google

nes Grundrisses zu Pandekten-Vorlesungen der weiteren Oeffentlichkeit übergeben; und eine genauere Betrachtung ließ überall keinen Unterschied in der Ausführung des damals schon Gedruckten und dessen, was noch im Manuscript enthalten war, erkennen; endlich die Brauchbarkeit des Inhalts dieser Vorlesungen nicht bloß für das juristische Studium, sondern auch für die praktische Anwendung, war durch seine Schüler allgemein anerkannt. Die Befürchtung also, durch die Veröffentlichung dieser Vorlesungen dem litterarischen Rufe Göschens zu schaden, die einzige, welche von ihr zurückzuhalten vermocht hätte, konnte überall nicht Raum gewinnen: so siegte in dem Rathe der Freunde, welche das Ruhebett des Entschlafenen umstanden, der Wunsch, ihn die Wirksamkeit, welche er bei seinem Leben als Lehrer des Rechts geübt hatte, auch noch nach seinem Tode fortsetzen zu sehen, und die Herausgabe dieser Vorlesungen ward beschlossen.

Mir als dem jüngsten unter ihnen wurde die Mühe, zugleich aber auch die Freude der Herausgabe zu Theil: und an mir ist es jetzt zu zeigen, wie ich gestrebt habe, diesem Vertrauen zu entsprechen. — Von selbst versteht es sich, daß dabei überall nicht von der Beschaffenheit dessen, was ich in dieser Beziehung geleistet zu haben glaube, die Rede sein kann. Diese zu beurtheilen muß ich Anderen überlassen. Ich habe nur darzulegen, aus welchem Material der Inhalt dessen, was hier gegeben wird, hervorgegangen — und welches meine Thätigkeit rücksichtlich der Gestaltung desselben gewesen ist. In beiderlei Hinsicht darf ich kurz sein.

Den Stoff des vorliegenden Werkes liefern:

1. der Grundriß zu Pandekten-Vorlesungen, zuletzt erschienen Göttingen 1831, zunächst bestimmt für

Digitized by Google

die Zuhörer des Verfassers, aber auch durch den Buchhandel verbreitet.

2. Die Hefte, welche den Inhalt des mündlichen Vortrages zu diesen Volesungen enthielten.

Das Verhältniß dieser beiden Theile zu einander war dieses, daß der Grundriß die Ordnung des Systems in den größeren Abschnitten, und den einzelnen Paragraphen darstellte, zugleich Verweisungen auf die Rechtsquellen enthielt, auf welche der Inhalt des mündlichen Vortrages gegründet war. Meistentheils ist in dieser Beziehung außer der Angabe der Quellentitel, welche den einzelnen Lehren zum Grunde liegen, nur eine nackte Angabe der Stellen gegeben, welche den Beweis der vorzutragenden Sätze lieferten, seltener ein Abdruck des Textes selbst, häufiger schon kritische Bemerkungen über die citirten Stellen, wo die Verschiedenheit der Lesart zugleich eine Verschiedenheit der Bedeutung einer Stelle herbeiführte. Außerdem finden sich in dem Grundriß eingeschaltet einzelne Erörterungen, aber auch Darstellungen ganzer Lehren, wodurch der Verfasser des mündlichen Vortrags in Beziehung auf dieselben überhoben sein wollte. Eine ausführliche Nachweisung rücksichtlich welcher Punkte dies der Fall ist, scheint hier überflüssig, da der Grundriß in Jedermanns Händen, und eine Abweichung hinsichtlich des Inhalts und der Art der Ausführung von demjenigen, was bloß im Hefte enthalten ist, sich nicht bemerkbar macht, wie oben bereits erwähnt worden. Am sparsamsten vielleicht ist der Verfasser in der Nachweisung litterarischer Hülfsmittel bei den einzelnen Lehren gewesen, eine Sparsamkeit, die sich auch in dem Hefte zeigt, und wohl eine Folge der Neigung und des Bestrebens ist, den Inhalt seiner Ansichten stets unmittelbar aus der Quelle selbst zu schöpfen. Dieser Grundriß enthält in vier Büchern, außer den hier erschei-

Digitized by Google

nenden allgemeinen Lehren, welche den Inhalt des ersten Buches ausmachen, das Sachenrecht, das Obligationenrecht, das Familienrecht. Auf die Lehren des Erbrechts erstreckt derselbe sich nicht: denn wenn gleich Göschen diese als einen integrirenden Theil seiner Pandekten-Vorlesungen betrachtete, (s. §. 125.) und daher ganz nach gleichem Plane bearbeitet hatte, so trug er doch dieselben in einer abgesonderten Vorlesung vor, zu welcher er sich eines eigenen im Jahre 1824 erschienenen, aber nicht in den Buchhandel gekommenen, Grundrisses bediente, welcher indessen bloß die Ueberschriften der größeren Abschnitte und einzelnen Paragraphen gibt, nebst einer Angabe der Quellentitel bei den einzelnen Lehren, so daß alles dasjenige, was der zuerst angeführte Grundriß mehr enthält, in dem Hefte selbst gegeben ist. Bei der gegenwärtigen Herausgabe des Ganzen wird das Erbrecht den Inhalt des fünften Buches bilden, und dies mit um so größerem Rechte, da es sich in Plan und Ausführung in nichts von der übrigen Masse unterscheiden wird.

Aus demjenigen, was hier über die Beschaffenheit jener Grundrisse gesagt ist, ergibt sich von selbst, daß dieselben für sich auf Selbstständigkeit überall nicht Anspruch machen können: sie bildeten vielmehr ein bloßes Hülfsmittel bei dem mündlichen Vortrage, und mit Ausnahme der in dem Einen derselben ausführlich abgehandelten Materien stellt sich das Verhältniß derselben zu der gegenwärtigen Erscheinung dieser Vorlesungen im Ganzen so, daß beide die Ueberschriften und Angaben der Quellentitel vor den einzelnen größeren Abschnitten und Paragraphen, und der erste derselben zugleich den größern Theil des Inhalts der Noten liefert, welche unter den Text gesetzt worden sind. Was diese Noten selbst betrifft, so soll davon gleich im Folgenden noch

Digitized by Google

weiter gehandelt werden. Zuvor muß ich über die Beschaffenheit des Textes, und seine Entstehung einige nähere Angaben machen.

Diesen Text liefert, wie aus dem Gesagten bereits erhellt, das Heft, aus welchem Göschen den Inhalt seines mündlichen Vortrages entnahm, und zwar nach der letzten vollständigen Umarbeitung, welche dasselbe um das Jahr 1831 zugleich mit der neuen Herausgabe des vorhin erwähnten Grundrisses zu Pandekten-Vorlesungen erfahren hat. Unter den nachgelassenen Papieren Göschens fanden sich nämlich drei vollständige Ueberarbeitungen oder Redactionen des gesammten Pandektenrechts: das Erbrecht insbesondere scheint sogar eine vierte erfahren zu haben. Die erste jener Redactionen schließt sich an Westenberg Principia juris secundum ordinem Digestorum an, nach welchem Buche Göschen in der früheren Zeit seines akademischen Lehramts, auf der Universität Berlin, Vorträge gehalten hat, gleichwie auch er es war, welcher die neue im Jahre 1814 zu Berlin erschienene Ausgabe jenes Buches besorgte. Die zweite Redaction steht mit dem 1823 zu Göttingen erschienenen Grundrisse zum Behuf von Pandekten-Vorlesungen, und dem zu diesem im Jahre 1827 herausgegebenen Anhange in Verbindung. Das Erbrecht war schon damals gesondert, und wurde nach dem bereits erwähnten im Jahre 1824 erschienenen Grundrisse zum Behuf von Vorlesungen über das Erbrecht abgehandelt, welcher auch bis auf die letzte Zeit den Vorlesungen Göschens über das Erbrecht zu Grunde gelegt worden ist. Ueber diese wird zu seiner Zeit das Nöthige gesagt werden. Hier soll zunächst nur von der vorzugsweise sogenannten Pandekten-Vorlesung die Rede sein. Diese nun erfuhr gegen das Jahr 1831 die dritte und

Digitized by Google

letzte vollständige Ueberarbeitung, deren Verschiedenheit gegen die vorige sich am deutlichsten aus der abweichenden Gestalt des mit dieser Ueberarbeitung in Verbindung stehenden neuen Grundrisses zu Pandektenvorlesungen aus dem Jahre 1831, in Vergleich zu dem früheren im Jahre 1823 erschienenen ergibt, da derselbe Inhalt, welcher früher in 1006 Paragraphen gegeben wurde, hier in nur 776 Paragraphen zerfällt. Diese Umgestaltung hat nun weniger die Stellung der größeren Massen, als die Ausführung im Einzelnen betroffen, und der in dieser Beziehung völlig veränderte Plan der Darstellung scheint eben eine völlige Umarbeitung des vorhandenen Stoffes nothwendig gemacht zu haben. Dabei versteht es sich nun wohl von selbst, daß der Inhalt der früheren Redactionen nicht völlig weggeworfen zu werden brauchte: er konnte vielmehr bei der neuen Bearbeitung fortwährend benutzt werden, und eine Umbildung desselben war daher nur nothwendig, soweit der Verfasser entweder seine Ansichten über einzelne Gegenstände geändert hatte, oder der veränderte Plan der Darstellung eine solche verlangte. Von dieser Ansicht scheint Göschen bei seiner neuen Bearbeitung daher auch ausgegangen zu sein, und es ist ihm vollständig gelungen, aus der Verbindung des Alten mit dem Neuen ein streng einheitliches Ganzes wieder zu erzeugen.

Für den Herausgeber sind indessen eben aus dieser Verbindung von Neuem und Altem mancherlei Schwierigkeiten entstanden, da nicht etwa bloß der Inhalt aus den älteren Heften des Verfassers in das neue übertragen, sondern auch ganze Blätter der älteren Hefte in das neue Heft eingelegt worden sind: und nicht bloß rücksichtlich solcher Blätter ist dies der Fall, welche den älteren Pandekten-Vorlesungen des Verfassers angehören, sondern auch hinsichtlich solcher, welche aus den früheren oder gleichzeitigen Hef-

Digitized by Google

ten zu den Vorlesungen desselben über die Institutionen und die Rechtsgeschichte entnommen sind. An sich würde dies nun freilich eben so wenig ein Grund von Schwierigkeiten sein, als ein anderer Punkt, daß nämlich der Verfasser bei jener Umarbeitung des Ganzen nicht stehen geblieben ist, sondern fortwährend im Einzelnen nachgebessert, umgebildet oder auch ganz neu geschaffen hat, wie sich dies durch die einzelnen Jahrgänge seiner Vorlesungen hindurch im Hefte selbst erkennen läßt. Denn der Verfasser hat stets mit größter Genauigkeit angegeben, was in den Inhalt seines Vortrages gehören sollte, was nicht. Jene Schwierigkeit beruhet vielmehr auf einem andern Umstande. Es ist leicht einzusehen, wie sich dem Verfasser bei den wiederholten Ueberarbeitungen, und der nie stille stehenden Ausbildung seines Stoffes allmälig ein Material gebildet hatte, viel zu reichhaltig, um in den auf Ein Semester beschränkten Pandekten-Vorlesungen auf Ein Mal vorgetragen zu werden: hiezu kam noch, daß die früher in dem längeren Winter-Semester gehaltenen Vorlesungen später in das Sommer-Semester verlegt wurden. Um so mehr noch mußte dies der Fall sein, da der Vortrag Göschens wesentlich ein dictirender war, woraus sich auch die bis in das kleinste Detail gehende, sogar stylistisch höchst genaue Ausarbeitung des Heftes selbst erklärt. Je mehr daher das Material anwuchs, um so mehr mußten Abkürzungen dem Bedürfnisse des Vortrags zu Hülfe kommen: wo früher etwas ausführlich erörtert worden war, konnte jetzt nur angedeutet werden, und manche Partien, deren Berücksichtigung weniger nothwendig erschien, wurden ganz gestrichen. In dem Hefte in der Gestalt, wie es dem Herausgeber vorlag, fand sich nun fast überall neben der neueren, meistentheils kürzeren, Fassung auch die ältere ausführlichere Darstellung, häufig

Digitized by Google

bloß eingeklammert, eben so oft aber auch durchstrichen. Hier entstand nun fast immer die Frage, ob der Herausgeber, die neuere Fassung des Textes beibehalten, ob er die ältere ausführlichere Erörterung wieder herstellen sollte? Ein allgemeines, überall durchgreifendes Princip ließ sich für die Beantwortung dieser Frage nicht gewinnen. Wo indessen die Einheit der Darstellung nicht darunter litt, wo sich mit Sicherheit erkennen ließ, daß die ältere Behandlung eines Gegenstandes fortwährend mit der neuesten Ansicht des Verfassers übereinstimmte, wo alsdann die Deutlichkeit des Inhalts zu gewinnen schien: da hat sich der Herausgeber nie besonnen, den älteren Text wieder herzustellen, um so mehr, da Göschen selbst (im §. 2.), als den Zweck dieser Vorlesungen angibt, nicht sowohl eine Zusammenstellung der Resultate, als vielmehr eine ausführliche Darstellung der Lehren des Privatrechts zu geben, mit steter Darlegung der Gründe, auf welchen die gewonnenen Sätze beruhen.

Hofft nun der Herausgeber, in dieser Art der Kritik nicht unglücklich gewesen zu sein, wenngleich er häufig in der Uebung derselben sich mehr auf einen gewissen, bei der Behandlung des Gegenstandes erst zu gewinnenden, Tact verlassen mußte, als auf äußere Gründe sich stützen konnte: so hegt er die gleiche Hoffnung noch in einer anderen Beziehung, wo gleichfalls eine Art kritischer Thätigkeit von seiner Seite erfordert wurde. Es liegt nämlich im Wesen einer Vorlesung, daß in ihren Inhalt vieles fällt, was da, wo eine schriftliche Darstellung des gleichen Gegenstandes gegeben werden sollte, die innere Geschlossenheit des zu liefernden Textes stören, und dadurch den Leser, der eine ununterbrochen fortlaufende Einheitlichkeit in dem dargestellten Stoffe verlangt, unangenehm berühren würde; — was bei

Digitized by Google

dem mündlichen Vortrage etwas Unvermeidliches ist, würde in der schriftstellerischen Behandlung als Fehler der Darstellung erscheinen. Wenn nun gleich bei der Herausgabe des gegenwärtigen Werkes durchaus die Form der Vorlesungen, aus welchen dasselbe hervorgegangen, beibehalten worden ist, so hat sich doch jetzt die Bestimmung desselben insofern verändert, als es nicht mehr an den Hörer, sondern an den Leser sich wendet. Ist nun gleich die Bearbeitung der in dem Hefte behandelten Gegenstände durch den Verfasser selbst in stylistischer Hinsicht mit solcher Sorgfalt ausgeführt worden, daß überall mit wenigen Ausnahmen die eigenen Worte desselben hier wiedergegeben werden konnten, so machte doch das Bedürfniß des Lesers im Einzelnen manche Abweichungen nöthig. Indessen sind diese im Ganzen von geringer Erheblichkeit: einzelne Breiten des Vortrags, namentlich in den Uebergängen von einer Materie zur andern, ließen sich leicht beseitigen; selten nur war es erforderlich, daß etwas, was im Hefte nur als Skizze sich fand, um durch den mündlichen Vortrag erst seine Ergänzung zu erhalten, hier ausgefüllt werden mußte: eben so selten, daß etwas, obgleich zum Gebrauch für die Vorlesung bestimmt, eigentlich doch noch außerhalb des Textes stand, und deshalb aus dieser mehr äußerlichen Verbindung heraus in veränderter Form in denselben hineingearbeitet werden mußte. In allen diesen Fällen habe ich streng die Haltung und den Ton des Ganzen zu wahren gesucht, und ich weiß mit völliger Sicherheit, daß, wo auch eine Aenderung in den Worten vorgenommen sein mag, der Gedanke stets unverändert derselbe geblieben ist. Und wo eine Aenderung der Fassung irgendwie eine Zweideutigkeit hätte erzeugen können, oder einen geringeren Grad von Schärfe und Bestimmtheit des Ausdrucks erzeugt haben würde, habe ich stets lieber eine Breite

Digitized by Google

oder Härte in der Fassung der Worte dulden zu müssen geglaubt, als dem Gedanken Gewalt anthun zu dürfen.

Mehr Freiheit dagegen habe ich für mich in Anspruch nehmen müssen bei der in dem gegenwärtigen Abdrucke dieser Vorlesungen vorgenommenen Sonderung von Text und Noten. In dem Hefte selbst ist, wie sich schon aus der Beschaffenheit eines mündlichen Vortrages ergibt, eine solche Scheidung nicht enthalten, denn selbst die Quellen-Citate, wenngleich meistentheils in dem angeführten Grundrisse besonders abgedruckt, bilden hier einen integrirenden Theil der Vorlesung, wie sich schon daraus ergibt, daß in den im Grundrisse statt des mündlichen Vortrages abgedruckten Erörterungen, Text, Citate und einzelne Bemerkungen untermischt stehen. Was dem Zuhörer nicht anders geboten werden konnte, habe ich dem Leser nicht in gleicher Gestalt bieten zu dürfen geglaubt. Daher mußte ich es unternehmen, einen in sich geschlossenen, eine einheitliche Darstellung enthaltenden Text zu liefern, und das was mit dem einheitlichen Charakter der Darstellung irgendwie sich nicht vertragen wollte, in die unter den Text zu stellenden Noten zu verweisen, in deren Inhalt demnach nicht nur die Beweisstellen für die im Texte enthaltenen Sätze fielen, sondern auch in einzelnen Fällen die Andeutungen über die Art und Weise, wie jene Sätze gewonnen worden. Desgleichen mußten alle Bemerkungen, welche mehr als äußerliche Zugabe zu der gegebenen Darstellung sich verhielten, in die Noten verwiesen werden. Der Inhalt der Noten ist daher durchaus aus dem Inhalte des Heftes geschöpft, nur ihren formellen Bestand haben sie durch den Herausgeber erhalten, wodurch freilich die Fassung der Worte mitunter eine leichte Aenderung erleiden mußte. Auch hier hat der Herausgeber mit derselben Gewissenhaftigkeit zu Werke gehen zu müssen

Digitized by Google

geglaubt, welche dem Herausgeber eines alten Autors Pflicht ist: gleich diesem mußte er eine gewisse Kritik üben sowohl nach der Seite des Inhalts, als nach der Seite der Form hin: mag er sich auch in beiden Beziehungen mitunter eine etwas größere Freiheit genommen haben, als jenem zusteht, so hofft er doch die ihm durch die Natur seines Geschäfts gesteckten Grenzen nicht überschritten zu haben.

Noch bedürfen zwei Punkte einer besondern Erwähnung: der erste derselben betrifft die in den Noten enthaltenen Anführungen der Quellen. Hier soll nun nicht sowohl über die in dem gegenwärtigen Abdrucke befolgte, von der in dem Grundrisse herrschenden durch die Angabe der Titel-Rubriken abweichenden Citirmethode etwas gesagt werden: denn Göschen selbst erklärt in einer Stelle seines Heftes diese letztere für die bessere, und in der That gewährt sie eine weit größere Sicherheit vor Druckfehlern, als wenn bloß durch Zahlen citirt wird: auch nicht über die Art und Weise, wie oft die im Grundrisse unter Einer Nummer vereinigten Stellen, hier auseinandergestellt, und jede einzeln unter den gerade aus ihr hergeleiteten Satz gestellt sind: als vielmehr über die in den Noten gegebenen Abdrücke der angeführten Stellen selbst. Diese sind hier nämlich sehr viel zahlreicher gegeben, als im besagten Grundrisse, oder als im Hefte selbst eine vollständige Anführung des Inhalts der citirten Quelle enthalten ist. Hier habe ich mir daher eine größere Freiheit genommen, als sie mir unmittelbar eingeräumt war. Dessenungeachtet glaube ich, daß ich zu derselben berechtigt gewesen bin: je anschaulicher die Entstehung und das Hervorgehen des Textes aus seiner Quelle dem Leser vor das Bewußtsein geführt wird, um so mehr muß der Werth dieses Buches sich erhöhen, welches ja eben nicht, wie etwa ein Geschichtswerk, dem Leser die

Digitized by Google

Quelle, aus der es geschöpft ist, entbehrlich machen, sondern ihn gerade so tief als nur möglich in dieselbe einführen soll, um so mehr da hier, was die praktische Anwendung betrifft, die gesetzliche Auctorität stets der Quelle verbleibt, nie auf das Buch übergeht. Eine Beschränkung in dieser Hinsicht war indessen eben so nothwendig, und so habe ich einen Abdruck des wörtlichen Inhalts einer citirten Stelle nur da für zulässig erachtet, wo die Beschaffenheit des Textes selbst das Bedürfniß einer unmittelbaren Vergleichung mit seiner Quelle anzudeuten schien, sei es daß ein unbestimmter schwankender Ausdruck dadurch Bestimmtheit und Deutlichkeit erhalten konnte, oder daß Definitionen, allgemeinere Regeln, leitende Principien, welche das Wesen einzelner Institute oder ganzer Classen von Instituten durchdringen und deren Gestaltung bestimmen, dadurch dem Leser unmittelbarer vor Augen gestellt werden konnten. Und in dieser Beziehung glaube ich eher zuwenig, als zuviel gethan zu haben.

Der andere Punkt betrifft die Anführung litterarischer Notizen bei den einzelnen Lehren. Schon oben ist angedeutet worden, daß Göschen in dieser Beziehung sehr sparsam zu Werke gegangen ist: es entstand daher die Frage, ob der Herausgeber diesen scheinbaren Mangel durch eine reichhaltigere Angabe solcher ergänzen sollte. Allein eine solche Ergänzung erwies sich aus mehren Gründen unzulässig: die Angabe solcher litterarischen Notizen bei den einzelnen in einem Buche enthaltenen Sätzen soll entweder die Entstehung derselben in Rücksicht auf die vorhandenen litterarischen Hülfsmittel nachweisen. — Eine Ergänzung in diesem Sinne, war dem Herausgeber unmöglich. — Oder sie soll dem Leser die vorhandenen Hülfsmittel angeben, wenn er eine einzelne Lehre einer genaueren Bearbeitung unter-

Digitized by Google

werfen will. — Eine Ergänzung zu diesem Zwecke war nicht Bedürfniß, da andere Bücher, namentlich Mühlenbruch's Doctrina Pandectarum, nicht nur in dieser, sondern auch in der ersten der beiden eben angedeuteten Beziehungen Großes leisten. — Oder sie soll das Verhältniß des Buches zu anderen verwandten Productionen darstellen: und da überläßt man es gewiß besser dem Buche selbst, durch diese hindurch, oder neben ihnen her sich einen Weg zu bahnen, und unter ihnen sich eine Stellung zu erringen, in Gemäßheit welcher hierüber ein festes Urtheil sich bildet.

Um so mehr glaube ich mich daher für jetzt noch einer jeden Beurtheilung des hier erscheinenden Buches nach dieser Seite hin enthalten zu müssen: eher schon wird eine solche dann zulässig sein, wenn das gesammte Werk vollendet vorliegt. Anderer Urtheile rücksichtlich dessen, was etwa noch in der einen oder der andern Beziehung bei der Herausgabe geleistet werden könnte, den Werth des Buches zu erhöhen, werden mir im höchsten Grade willkommen sein. Die Herausgabe des zunächst Folgenden wird indessen hierauf nicht warten können, sondern ihren ununterbrochenen Fortgang nehmen müssen. Wann im weiteren Verlaufe dieses das Ganze vollendet sein wird, das hängt von Zeit und Kräften des Herausgebers ab: doch hofft derselbe mit Zuversicht noch im Laufe dieses Jahres die erste Abtheilung des zweiten Bandes, welche das Sachenrecht enthalten wird, der Oeffentlichkeit übergeben zu können.

Göttingen, den 9. Junius 1838.

A. Erxleben.

Digitized by Google

Uebersicht des Inhalts.

Einleitung.

I. Begriff des gemeinen Rechtes. (§. 1.) S. 3
II. Zweck dieser Vorlesungen; insbesondere Verhältniß derselben zu dem Begriff des gemeinen Rechtes. (§. 2.) — 5
III. Justinianische Gesetzgebung.
A. Bestandtheile derselben. (§. 3.) — 7
B. Resultat bei widerstreitenden Bestimmungen. (§. 4.) — 10
IV. Heutige Anwendung des Justinianischen Rechtes.
A. Von der Anwendung desselben im Allgemeinen. (§. 5.) — 19
B. Insbesondere:
a. Einfluß der Glossatoren. (§. 6.) — 20
b. Einfluß des Canonischen Rechts. (§. 7.) — 23
c. Einfluß der einheimischen Rechte. (§. 8.) — 27
V. Litterarnotizen.
A. Schriften zur Belehrung über die civilistische Litteratur. (§. 9.) — 29
B. Litteratur der Quellen. (§. 10.) — 30
C. Litteratur der Hülfsmittel zur Kritik und Interpretation der Justinianischen Rechtsquellen. (§. 11.) — 34
D. Litteratur der neueren Bearbeitungen des Justinianischen Rechtes.
a. Exegetische Bearbeitungen. (§. 12.) — 38
b. Ausführlichere dogmatische Werke über das Ganze des Justinianischen Privatrechtes. (§. 13.) — 38
c. Vermischte Schriften. (§. 14.) — 42

Erstes Buch. Allgemeine Lehren.

Erstes Kapitel. Von den Quellen des Rechtes.

I. Natürliches und positives Recht. (§. 15.) — 48
II. Arten des positiven Rechtes.
A. Ueber die verschiedenen Arten desselben im Allgemeinen. (§. 16.) — 49

Digitized by Google

B. Insbesondere:
a. Von dem Jus scriptum.
α. Von den Gesetzen überhaupt. (§. 17.) S. 54
β. Eigentliche Gesetze. (§. 18.) — 57
γ. Verbindliche Kraft der Mandate, Rescripte und Decrete. (§. 19.) — 63
δ. Ueber die Interpretation der Gesetze, mit besonderer Rücksicht auf die Justinianischen Rechtsquellen.
a. Einleitung. (§. 20.) — 66
b. Critik. (§. 21.) — 70
c. Auslegung. (§. 22.) — 75
b. Von dem Jus non scriptum.
α. Einleitung. (§. 23.) — 80
β. Gewohnheitsrecht im engeren Sinne.
a. Erfordernisse. (§. 24.) — 86
b. Verbindende Kraft. (§. 25.) — 91
c. Beweis. (§. 26.) — 96
γ. Gerichtsgebrauch. (§. 27.) — 97
III. Anwendung positiver Rechtssätze.
A. Außer dem Fall einer Collision.
a. In Ansehung der Personen. (§. 28.) — 100
b. In Ansehung der zu beurtheilenden Fälle.
α. Zeitverhältniß. (§. 29.) — 101
β. Analogie. (§. 30.) — 105
B. Im Fall der Collision verschiedener Rechtsquellen. (§. 31.) — 110

Zweites Kapitel. Von den Personen.

I. Von den Personen überhaupt. (§. 32.) — 116
II. Von den physischen Personen.
A. Natur der physischen Persönlichkeit. (§. 33.) — 117
B. Verschiedenheit der persönlichen Zustände.
a. Einleitung.
α. Ueber die Verschiedenheit der persönlichen Zustände im Allgemeinen. (§. 34.) — 122
β. Ueber die Römische Lehre vom Status.
αα. Römische Ansicht. (§. 35.) — 124
ββ. Heutiger Gebrauch. (§. 36.) — 129
b. Natürliche Zustände.
α. Geschlecht. (§. 37.) — 130
β. Alter.
αα. Minderjährigkeit. (§. 38.) — 132

Digitized by Google

ββ. Großjährigkeit. (§. 39.) S. 138
γ. Gesundheit.
αα. Des Körpers. (§. 40.) — 139
ββ. Des Geistes. (§. 41.) — 141
c. Juristische Zustände.
α. Eheliche Geburt. (§. 42.) — 144
β. Bürgerliche Ehre.
αα. Römisches Recht.
a. Einleitung. (§. 43.) — 151
b. S. g. Infamia juris.
aa. Entstehung. (§. 44.) — 153
bb. Rechtliche Wirkungen. (§. 45.) — 158
cc. Aufhebung. (§. 46.) — 160
c. S. g. Infamia facti. (§. 47.) — 161
ββ. Heutiges Recht. (§. 48.) — 162
γ. Unabhängigkeit. (§. 49.) — 166
δ. Stand und Gewerbe. (§. 50.) — 168
ε. Religion.
I. Juden. (§. 51.) — 170
II. Abtrünnige und Ketzer. (§. 51α.) — 172
C. Verwandtschafts- und Verschwägerungs-Verhältnisse.
a. Verwandtschaft.
α. Römische Grundsätze.
αα. Begriff der Verwandtschaft, und nähere Bestimmung derselben nach Linien und Graden. (§. 52.) — 174
ββ. Arten. (§. 53.) — 177
γγ. Entstehung. (§. 54.) — 182
δδ. Rechtliche Beziehungen. (§. 55.) — 184
εε. Aufhebung. (§. 56.) — 186
ζζ. Mehrfache Verwandtschaft. (§. 57.) — 187
β. Grundsätze des Canonischen Rechtes. (§. 58.) — 192
b. Verschwägerung.
α. Römische Ansicht. (§. 59.) — 193
β. Grundsätze des Canonischen Rechtes. (§. 60.) — 197
D. Aufenthalt. (§. 61.) — 198
III. Von den juristischen Personen.
A. Im Allgemeinen. (§. 62.) — 200
B. Insbesondere:
a. Von den Gemeinheiten.
α. Entstehung. (§. 63.) — 203
β. Rechtliche Verhältnisse. (§. 64.) — 204

Digitized by Google

γ. Aufhebung. (§. 65.) S. 211
b. Von dem Fiscus. (§. 66.) — 211
c. Von den Stiftungen. (§. 67.) — 213

Drittes Kapitel. Von den Sachen.

I. Von den Sachen überhaupt und von der Eintheilung derselben in körperliche und unkörperliche insbesondere. (§. 68.) — 216
II. Von den übrigen Eintheilungen der Sachen.
A. Sachen im Verkehr — Sachen außer dem Verkehr.
a. Von diesem Unterschiede im Allgemeinen. (§. 69.) — 218
b. Insbesondere:
α. Von den Res divini juris. (§. 70.) — 219
β. Von den Res communes. (§. 71.) — 223
γ. Von den Res publicae. (§. 72.) — 224
δ. Von den Res universitatis. (§. 73.) — 227
B. Unbewegliche — bewegliche Sachen. (§. 74.) — 228
C. Fungible — nicht fungible Sachen. (§. 75.) — 230
D. Verbrauchbare — nicht verbrauchbare Sachen. (§. 76.) — 231
E. Theilbare — untheilbare Sachen. (§. 77.) — 232
F. Einfache — zusammengesetzte Sachen. (§. 78.) — 235
G. Hauptsachen — Nebensachen.
a. Von diesem Unterschiede im Allgemeinen. (§. 79) — 236
b. Insbesondere:
α. Von den Pertinenzen. (§. 80.) — 237
β. Von den Früchten. (§. 81.) — 238
γ. Von den Verwendungen. (§. 82.) — 242

Viertes Kapitel. Von den Handlungen.

I. Von den Handlungen im Allgemeinen.
A. Begriff; rechtliche Bedeutung; Eintheilungen. (§. 83.) — 245
B. Einfluß des Zwanges, des Betruges, der Unwissenheit und des Irrthumes auf die rechtlichen Folgen der Handlungen.
a. Zwang. (§. 84.) — 248
b. Betrug. (§. 85.) — 252
c. Unwissenheit und Irrthum.
α. Begriffe. (§. 86.) — 254
β. Rechtliche Folgen.
a. An sich.
1. Mögliche Nichtigkeit einer Willenserklärung. (§. 87.) — 255

Digitized by Google

2. Uebrige rechtliche Folgen. (§. 88.) S. 259
b. Verhältniß zu dem Unterschiede zwischen Juris und Facti ignorantia. (§. 89.) — 260

II. Von den Rechtsgeschäften.
A. Von den Rechtsgeschäften überhaupt.
a. Begriff und Eintheilungen. (§. 90.) — 264
b. Erfordernisse zur Gültigkeit.
α. In Ansehung der Subjecte. (§. 91.) — 267
β. In Ansehung des Objectes. (§. 92.) — 269
γ. In Ansehung der Form.
αα. Allgemeine Grundsätze. (§. 93.) — 271
ββ. Ueber den Gegensatz zwischen ausdrücklichen und stillschweigenden Willenserklärungen insbesondere. (§. 94.) — 273
c. Nebenbestimmungen.
α. Bedingungen.
αα. Begriff und Eintheilungen. (§. 95.) — 277
ββ. Statthaftigkeit. (§. 96.) — 283
γγ. Wirkung statthafter Bedingungen.
a. Voraussetzungen, welche dabei zu berücksichtigen sind. (§. 97.) — 285
b. Bestimmung der Wirkungen selbst.
aa. Bei Suspensivbedingungen.
1. Während die Bedingung schwebt. (§. 98.) — 288
2. Wenn sie in Erfüllung geht. (§. 99.) — 291
3. Wenn sie ausfällt. (§. 100.) — 294
bb. Bei Resolutivbedingungen. (§. 101.) — 294
δδ. Wirkung unstatthafter Bedingungen. (§. 102.) — 295
β. Zeitbestimmungen.
αα. Begriff und Eintheilungen. (§. 103.) — 298
ββ. Zulässigkeit und Wirkungen. (§. 104.) — 301
γ. Zweckbestimmungen. (§. 105.) — 303
δ. Verstellung auf ein künftiges Arbitrium. (§. 106.) — 306
d. Ungültigkeit.
α. Arten der Ungültigkeit. (§. 107.) — 307
β. Mögliche Wirksamkeit eines an sich ungültigen Rechtsgeschäftes wegen Convalescenz oder Conversion. (§. 108.) — 311
e. Interpretation. (§. 109.) — 314

Digitized by Google

B. Von gewissen Rechtsgeschäften insbesondere.
a. Ratihabition. (§. 110.) S. 318
b. Renunciation. (§. 111.) — 319
c. Eid.
α. Begriff und Arten. (§. 112.) — 320
β. Rechtliche Bedeutung. (§. 113.) — 321
γ. Erfordernisse.
αα. In Bezug auf die Person des Schwörenden. (§. 114.) — 324
ββ. Hinsichtlich des Gegenstandes. (§. 115.) — 325
γγ. Hinsichtlich der Willensbestimmung. (§. 116.) — 326
δδ. Hinsichtlich der Form. (§. 117.) — 329

Fünftes Kapitel. Von den Rechtsverhältnissen.

I. Entstehung und Aufhebung der Rechtsverhältnisse.
A. Von der Entstehung und Aufhebung rechtlicher Verhältnisse an und für sich.
a. Im Allgemeinen. (§. 118.) — 331
b. Insbesondere durch Verjährung. (§. 119.) — 333
B. Von der Begründung und Aufhebung rechtlicher Verhältnisse durch Mittelspersonen.
a. Einleitung. (§. 120.) — 339
b. Weitere Ausführung.
α. In Bezug auf Rechte. (§. 121.) — 341
β. In Bezug auf Verbindlichkeiten. (§. 122.) — 344
II. Verschiedene Arten der Rechtsverhältnisse.
A. Von der Verschiedenheit der Rechte nach dem Umfange der zum Grunde liegenden Rechtsvorschriften, oder von dem Unterschiede zwischen allgemeinen und singulären Rechten.
a. Ueberhaupt. (§. 123.) — 350
b. Insbesondere von Privilegien im engeren Sinne. (§. 124.) — 352
B. Von der Verschiedenheit der Rechtsverhältnisse ihrem Gegenstande nach.
a. Im Allgemeinen. (§. 125.) — 357
b. Insbesondere:
α. Von den Vermögensverhältnissen. (§. 126.) — 359
β. Von den Familienverhältnissen. (§. 127.) — 363
III. Gemeinschaft und Collision der Rechtsverhältnisse.
A. Gemeinschaft. (§. 128.) — 365
B. Collision. (§. 129.) — 368

Digitized by Google

Sechstes Kapitel. Von der Sicherstellung, Verfolgung und Wiederherstellung der Rechte.

I. Von der Sicherstellung der Rechte.
- A. Protestation und Reservation. (§. 130.) S. 371
- B. Retentionsrecht. (§. 131.) — 372
- C. Cautionen. (§. 132.) — 373

II. Von der Verfolgung der Rechte.
- A. Einleitung.
  - a. Hülfe durch Eigenmacht. (§. 133.) — 377
  - b. Richterliche Hülfe.
    - α. Abriß des heutigen prozessualischen Verfahrens. (§. 134.) — 380
    - β. Ueber einige Eigenthümlichkeiten des Römischen Prozesses, insbesondere des älteren. (§. 135.) — 383
- B. Von den Klagen.
  - a. Begriff. (§. 136.) — 389
  - b. Arten.
    - α. In personam actiones — in rem act. (§. 137.) — 390
    - β. Actiones rei persequendae causa comparatae — act. poenae perseq. causa comparat. — mixtae actiones. (§. 138.) — 393
    - γ. Klagen auf ein Einfaches — Klagen auf ein Mehrfaches. (§. 139.) — 396
    - δ. Directae actiones — utiles act. (§. 140.) — 397
    - ε. Vulgares actiones — in factum act. (§. 141.) — 399
    - ζ. Stricti juris actiones — bonae fidei actiones — arbitrariae act. (§. 142.) — 401
    - η. Interdicta. (§. 143.) — 404
    - ϑ. Uebrige Unterschiede. (§. 144.) — 408
  - c. Begründung und Zweck. (§. 145.) — 413
  - d. Willkür im Gebrauch. (§. 146.) — 416
  - e. Uebergang auf und gegen den Erben. (§. 147.) — 419
  - f. Verjährung.
    - α. Begriff und geschichtliche Einleitung. (§. 148.) — 423
    - β. Erfordernisse.
      - a. Von den Erfordernissen im Allgemeinen. (§. 149.) — 426
      - b. Insbesondere:
        - aa. Ueber die Ausnahmen von dem regelmäßigen Erforderniß eines dreißigjährigen Zeitverlaufes.

Digitized by Google

1. Längere oder kürzere Dauer einzelner Klagen. (§. 150.) S. 430
2. Besondere Begünstigung gewisser Personen. (§. 151.) — 436
bb. Ueber Stillstand und Unterbrechung der Verjährung. (§. 152.) — 438
cc. Ueber den guten Glauben. (§. 153.) — 442
γ. Verhältniß zu dem die Klage begründenden Rechte. (§. 154.) — 445
* Prozeßverjährung. (§. 155.) — 446
g. Concurs.
α. Einleitung. (§. 156.) — 447
β. Subjectiver Concurs. (§. 157.) — 449
γ. Objectiver Concurs.
a. Von dem objectiven Concurs der Klagen im Allgemeinen. (§. 158.) — 450
b. Insbesondere über den Grundsatz, daß Dasselbe nicht zwei Mal gefordert werden dürfe. (§. 159.) — 452
C. Von den Einreden.
a. Römische Ansicht.
α. Einleitung. (§. 160.) — 464
β. Exceptionen im engeren Sinn. (§. 161.) — 465
γ. Replicationen, Duplicationen u. s. w. (§. 162.) — 472
b. Abweichende Ansicht der meisten Neueren. (§. 163.) — 473
D. Von der Litiscontestation.
a. Begriff und Eintheilungen. (§. 164.) — 474
b. Wirkungen. (§. 165.) — 475
E. Von der Beweisführung.
a. Einleitung. (§. 166.) — 484
b. Beweislast. (§. 167.) — 489
c. Beweismittel. (§. 168.) — 492
F. Von den richterlichen Erkenntnissen.
a. Begriff und Arten. (§. 169.) — 496
b. Rechtskraft.
α. Begriff und Voraussetzungen. (§. 170.) — 498
β. Wirkungen.
a. Von den Wirkungen eines rechtskräftigen Urtheils im Allgemeinen. (§. 171.) — 501
b. Insbesondere:
aa. Von der negativen Wirkung des Urtheils. (§. 172.) — 505

Digitized by Google

bb. Von der positiven Wirkung desselben.
1. Nöthigung des Verurtheilten zur Erfüllung der ihm durch das Urtheil auferlegten Verbindlichkeit. (§. 173.) S. 509
2. Geltung des Urtheils in anderer Beziehung. (§. 174.) — 513

G. Von gewissen, ihren Wirkungen nach, einem richterlichen Erkenntnisse vergleichbaren Handlungen der Parteien.
a. Confessio in jure. (§. 175.) — 522
b. Interrogationes in jure. (§. 176.) — 524

III. Von der Wiederherstellung der Rechte.
A. Von der In integrum restitutio überhaupt.
a. Begriff und Eintheilungen. (§. 177.) — 529
b. Gesuch um Restitution.
α. Ueber die objective Begründung desselben. (§. 178.) — 532
β. Ueber die dabei in Betracht kommenden Personen. (§. 179.) — 538
γ. Ueber die Form des Gesuches. (§. 180.) — 541
δ. Ueber die Zeit, innerhalb deren es angebracht werden muß. (§. 181.) — 542
c. Folgen des Restitutionsgesuches. (§. 182.) — 544
B. Einzelne Arten der In integrum restitutio.
a. S. g. civile Restitutionen. (§. 183.) — 547
b. Prätorische Restitutionen.
α. Wegen Minderjährigkeit.
a. Bedingungen in der Person des Minderjährigen. (§. 184.) — 550
b. Beziehung der dem Minderjährigen zustehenden Restitution auf dritte Personen. (§. 185.) — 552
c. Eigenthümliche Bestimmungen über die Zeit der nachzusuchenden Restitution. (§. 186.) — 555
d. Anderweitige Eigenthümlichkeiten. (§. 187.) — 556
e. Analoge Anwendung dieser Restitution auf Städte, Kirchen u. s. w. (§. 188.) — 558
β. Wegen Zwanges. (§. 189.) — 559
γ. Wegen Irrthums. (§. 190.) — 559
δ. Wegen Capitis deminutio. (§. 191.) — 561
ε. Wegen Abwesenheit. (§. 192.) — 562
ζ. Aus der allgemeinen Clausel. (§. 193.) — 566

IV. Anhang. Von der In possessionem missio.
A. Begriff und Zweck. (§. 194.) — 570
B. Nähere Bezeichnung der dem Missus zustehenden Rechte. (§. 195.) — 573

Digitized by Google

Siebentes Kapitel. Von der Berechnung der Zeit.

I. Von den einzelnen Abschnitten der Zeit an und für sich.
A. Tag. Monat. Jahr. (§. 196.) S. 576
B. Schalttag. (§. 197.) — 580
II. Von dem Unterschiede zwischen continuum und utile Tempus. (§. 198.) — 582
III. Von dem Unterschiede zwischen natürlicher und civiler Berechnung der Zeit.
A. Begriffe. (§. 199.) — 586
B. Praktisches Verhältniß der civilen Computation zu der natürlichen. (§. 200.) — 588
C. Einzelne Bemerkungen. (§. 201.) — 592

Achtes Kapitel. Von dem Besitze.

I. Von dem eigentlichen Besitze.
A. Rechtliche Natur.
a. Begriff und rechtliche Beziehungen. (§. 202.) — 598
b. Römischer Sprachgebrauch. (§. 203.) — 601
c. Ursprünglicher und abgeleiteter Besitz. (§. 204.) — 604
d. Subjecte. (§. 205.) — 606
e. Objecte. (§. 206.) — 611
B. Erwerb.
a. Einleitung. (§. 207.) — 612
b. Weitere Ausführung.
α. Von der Apprehension. (§. 208.) — 616
β. Von der Willensbestimmung. (§. 209.) — 620
γ. Von dem Erwerbe durch Mittelspersonen. (§. 210.) — 123
C. Verlust.
a. Einleitung. (§. 211.) — 627
b. Weitere Ausführung.
α. Verlust durch Aufhebung des äußerlichen Verhältnisses. (§. 212.) — 631
β. Verlust durch Willensänderung. (§. 213.) — 636
γ. Verlust im Fall der Stellvertretung. (§. 214.) — 637
II. Von dem uneigentlichen Besitze.
A. Im Allgemeinen. (§. 215.) — 640
B. Nähere Bestimmungen in Betreff des äußerlichen Verhältnisses. (§. 216.) — 643

Digitized by Google

Einleitung.

Erstes Buch.

Allgemeine Lehren.

Digitized by Google

Digitized by Google

Einleitung.

§. 1.

I. Begriff des gemeinen Rechts.

Um den Begriff des gemeinen Rechts bestimmen zu können, müssen wir zurückgehen in den früheren Rechtszustand von Deutschland, wie er noch vor dem letzten Jahrzehend des vorigen Jahrhunderts bestand. Hier finden wir durch ganz Deutschland neben dem besonderen Rechte einzelner Länder und Districte Ein und dasselbe Hülfsrecht, geltend in allen denjenigen Beziehungen, welche jenes besondere Recht unbestimmt ließ. Dieses allgemeine Hülfsrecht ist es, welches man unter dem Namen des gemeinen Rechts dem besonderen Rechte der einzelnen Länder und Districte entgegensetzte.

Die Quellen dieses gemeinen Rechts waren zum Theil einheimischen, zum größeren Theil aber fremden Ursprunges: die einheimischen Quellen bestanden in allgemeinen Deutschen Gewohnheiten, und in den Bestimmungen der Reichsgesetze. Die fremden, recipirten Rechte waren das Römische Recht, wie es in den Justinianischen Rechtsbüchern enthalten war, das Canonische Recht und das Longobardische Lehnrecht.

Anfangs hatten diese fremden Rechte nur durch den Gebrauch Eingang gefunden; in der Folge waren aber die Gerichte von

Digitized by Google

der höchsten Gewalt sogar ausdrücklich zur Beobachtung und Anwendung derselben angewiesen worden [1]).

Dieser Rechtszustand, welcher auf die so eben bezeichnete Weise bis gegen das letzte Jahrzehend des vorigen Jahrhunderts unverändert fortdauerte, erlitt späterhin zwar nicht im Allgemeinen, doch aber in einzelnen Gegenden Deutschlands eine wesentliche Veränderung. In einigen Ländern nämlich wurden eigene umfassende Gesetzbücher verfertigt, welche fortan die Stelle des gemeinen Rechts vertreten sollten. Zuerst geschah dies im Preußischen durch die Einführung des „Allgemeinen Landrechts“ [2]), später auch im Oesterreichischen [3]). In vielen anderen Theilen von Deutschland ward zur Zeit der Französischen Uebermacht der **Code Napoléon** eingeführt; und auch nach Zerstörung der Napoleonischen Herrschaft ist derselbe in manchen Deutschen Gebieten geltend geblieben. So gilt er noch jetzt im Großherzogthum Baden, desgleichen in dem ehemaligen Großherzogthum Berg, und in dem größeren Theile derjenigen Deutschen Länder, welche auf dem linken Rheinufer liegen. In anderen Gegenden aber ist der Code abgeschafft worden, und dadurch hat das Gebiet des gemeinen Rechts wieder eine bedeutende Erweiterung erhalten [4]).

Daß nun die Kenntniß des gemeinen Rechts für den Juristen in denjenigen Ländern, in welchen dasselbe unmittelbare praktische Gültigkeit hat, unerläßlich ist, versteht sich von selbst. Aber auch da, wo neuere Gesetzbücher ganz und gar in die Stelle des gemeinen Rechts getreten sind, ist die Kenntniß desselben für den praktischen Juristen von der größten Wichtigkeit, hauptsächlich um deswillen, weil jene Gesetzbücher größten Theils aus dem gemeinen Rechte geschöpft sind, und daher nur von

1) Insonderheit ist hier zu vergleichen Eichhorns Deutsche Staats- u. Rechtsgesch. §. 440-444.

2) Im Jahre 1794. Vgl. Eichhorns Deutsches Privatr. §. 22.

3) Durch die Einführung des »Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches für die gesammten Deutschen Erbländer der Oesterreichischen Monarchie« im J. 1811. Vgl. Eichhorn, Deutsch. Privatr. §. 23.

4) Eine nähere Nachweisung über die gegenwärtig in den verschiedenen Deutschen Ländern geltenden Rechte findet sich in Eichhorns Deutsch. Privatr. §. 24, verbunden mit §. §. 21-23., womit zu vergleichen desselben Deutsche Staats- u. Rechtsgesch. §. 618.

Digitized by Google

demjenigen vollständig verstanden werden können, welcher mit den Grundsätzen des gemeinen Rechts vertrauet ist.

Zum Beschluß muß noch Einiges bemerkt werden über das Verhältniß, worin zu dem Begriffe des gemeinen Rechts dasjenige steht, welches man das positive göttliche Recht zu nennen pflegt. Mit diesem Ausdrucke bezeichnet man gewisse außer den Grenzen des rein Religiösen und Sittlichen liegende Vorschriften der Bibel. Die meisten dieser Vorschriften, enthalten in dem alten Testamente, sind entschieden ein besonderes, nur für die Juden verbindliches Recht. Aber es finden sich in der heiligen Schrift, und zwar nicht bloß im neuen Testamente, auch solche Bestimmungen, welche eine allgemein verbindliche Kraft für Christen zu haben, und sich daher zu Bestandtheilen eines gemeinen Rechts für diese zu eignen scheinen. Die Meinungen hierüber sind jedoch sehr getheilt. Das Nähere werden wir in der Lehre von der Eingehung und Scheidung der Ehe kennen lernen: darauf nämlich beschränken sich die hier in Betracht kommenden Bestimmungen der Bibel.

§. 2.

II. Zweck dieser Vorlesungen: insbesondere Verhältniß derselben zu dem Begriff des gemeinen Rechtes.

Die gegenwärtigen Vorlesungen beziehen sich nur auf das gemeine Privatrecht, und unter den mehren Quellen dieses ist es zunächst nur Eine, mit der wir uns werden zu beschäftigen haben, nämlich das Römische Recht. Aber nicht das Römische Recht aller Zeiten ist es, mit dem wir es hier zu thun haben, sondern vorzugsweise das Römisch-Justinianische Recht. Die Römische Gesetzgebung nach Justinian ist auf unser gemeines Recht ohne Einfluß gewesen, und liegt daher ganz außer den Grenzen dieser Vorlesungen. Nicht durchaus dasselbe gilt von dem Römischen Rechte vor Justinian. An sich ist dieses allerdings auch kein Gegenstand für die gegenwärtigen Vorlesungen; wohl aber wird darauf nicht selten zu dem Behuf

Digitized by Google

müssen Rücksicht genommen werden, um das Justinianische Recht daraus zu erläutern.

Aber auch das Justinianische Recht selbst interessirt uns hier nur insofern, als es zu einem Bestandtheile des gemeinen Rechts geworden ist: mit andern Worten: nur das heutige Römische Recht ist es, worauf es uns ankommt. Sehr Vieles nun vom Justinianischen Rechte kommt bei uns nicht nur überhaupt, sondern sogar unverändert zur Anwendung. Daneben findet sich dann aber auch nicht Weniges, was sich auf Rechtsverhältnisse bezieht, die uns ganz und gar fremd sind, und das wird eben deshalb in diesen Vorlesungen mit Stillschweigen übergangen werden. — Anderes ist zwar noch heutiges Tages anwendbar, jedoch nicht schlechthin, sondern nur mit gewissen Modificationen. In Materien dieser Art müssen zwar die Grundsätze des Justinianischen Rechts vorgetragen werden; doch kann man bei ihnen nicht stehen bleiben, sondern mit der Darstellung des Justinianischen Rechts muß die Angabe jener Modificationen verbunden werden. Und so macht das Justinianisch-Römische Recht nicht den ausschließlichen, sondern nur den Hauptgegenstand dieser Vorlesungen aus, in welchem Sinne denn auch oben gesagt wurde: zunächst würden wir uns mit dem Römischen Rechte zu beschäftigen haben.

Von diesem Römisch-Justinianischen Privatrechte soll nun aber eine ausführliche und in das Detail eingehende Darstellung gegeben werden. Dabei ist es jedoch keineswegs auf eine bloße Zusammenstellung von Resultaten abgesehen, sondern, wie es zugleich der Charakter der Wissenschaftlichkeit, auf welchen diese Vorträge Anspruch machen, und das Bedürfniß des praktischen Juristen erheischt, die gewonnenen Sätze sollen überall durch Darlegung der Gründe, auf welchen sie ruhen, gerechtfertigt und unterstützt werden.

Soll daher alles bisher Gesagte kurz zusammengefaßt werden, so wird dies in folgender Art geschehen können:

> Die gegenwärtigen Vorlesungen sind bestimmt für eine ausführliche Darstellung des Römisch-Justinianischen Privatrechts, in

Digitized by Google

wie weit dieses in das gemeine Recht übergegangen ist.

III. Justinianische Gesetzgebung. (§. §. 3. 4.)

§. 3.

A. Bestandtheile derselben.

Die einzelnen Stücke und Sammlungen, in welchen die Justinianische Gesetzgebung, so weit sie uns interessirt, enthalten ist, sind bekanntlich folgende:

1. Die Institutionen, ihrem nächsten Zwecke nach ein kurz gefaßtes Lehrbuch des Rechts, jedoch zugleich ausgerüstet mit der Kraft eines Gesetzes.

2. Die Pandekten, eine große Sammlung von Excerpten aus den Schriften der classischen Juristen. Dieses Werk ist von allen das umfassendste: es bildet, wie im Allgemeinen, so im Einzelnen die Grundlage des Justinianischen Rechts, und ist daher die Hauptquelle für die Kenntniß desselben.

3. Der Codex repetitä prälectionis, d. h. die zweite Ausgabe einer Sammlung, welche theils Auszüge aus Constitutionen der Imperatoren, theils vollständige Constitutionen enthält. Die Constitutionen, welche für diese Sammlung benutzt sind, fallen in den Zeitraum von Hadrian bis auf Justinian. Nur zum Theil haben sie die Gestalt allgemeiner Verordnungen. Sehr viele beziehen sich zunächst nur auf einzelne, ganz individuelle Fälle. Nichts desto weniger haben nun aber auch die in diesen Constitutionen ausgesprochenen Rechtssätze die Kraft allgemeiner Normen. — Die erste Redaction des Codex ist verloren gegangen. Dies erklärt sich sehr natürlich daraus, daß sie, seit die zweite in Kraft trat, aufhörte, gesetzliches Ansehen zu haben. Dennoch wäre es wünschenswerth, daß auch die erste Ausgabe uns möchte erhalten sein, da sie zur Erläuterung der zweiten mit großem Nutzen würde gebraucht werden können. Uebrigens ergibt schon die Natur der Sache, daß der Codex nicht auf eine umfassende Darstellung des Rechts berechnet sein konnte. Viel-

Digitized by Google

mehr erscheint der Codex repetitä prälectionis im Verhältniß zu den Pandekten nur als eine Sammlung einzelner Nachträge.

4. Die Novellen, d. h. eine Reihe einzelner, von Justinian nach Abfassung des Codex repetitä prälectionis erlassener Constitutionen. Es muß indessen bemerkt werden, daß die Sammlung, welche wir unter dem Titel: »Novellae Constitutiones Dni Iustiniani« besitzen, keine von Justinian selbst veranlaßte Sammlung ist. Daraus erklärt es sich, daß sie auch Constitutionen späterer Imperatoren, und überhaupt manches Fremdartige enthält [1]).

So viel über die Bestandtheile der Justinianischen Gesetzgebung im Einzelnen. Es sind aber noch einige Bemerkungen von allgemeinerer Beziehung hinzuzufügen:

1. Der Codex hat die Gestalt einer systematisch geordneten Gesetzsammlung. Dagegen haben die Institutionen und die Pandekten die Gestalt wissenschaftlicher Werke. Daraus erklärt es sich, warum in beiden so Vieles vorkommt, was mit der Idee eines Gesetzbuches unverträglich ist. Dies thuet ihrer gesetzlichen Kraft im Allgemeinen keinen Eintrag; nur kann dies nicht Allem und Jedem, was darin vorkommt, beigelegt werden, da von gesetzlicher Kraft begreiflicher Weise nur bei Rechtssätzen die Rede sein kann, und auch hier nur bei solchen, welche als richtig bezeichnet werden [2]).

1) Von den 168 Nummern, welche die neueren Ausgaben enthalten, betreffen 4 (Nr 165–168.) überall keine Constitutionen (s. Biener's Geschichte der Novellen. S. 98. folg.), und 7 (Nr 140. 144. 148. 149. 161. 163. 164.) wenigstens keine Constitutionen von Justinian (s. Biener a. a. O. S. 93 folg.). Auf Justinianische Constitutionen beziehen sich nur 157 Nummern, deren einige überdieß eine und dieselbe Verordnung zum Gegenstande haben. Nämlich: 1. von der Constitution, welche sich nach dem Griechischen Originaltext in Nr 32. findet, enthält Nr 34. den Lateinischen Originaltext; 2. die Nummern 75. und 104. sind Auszüge aus einer und derselben Verordnung; 3. die Novelle 143. kommt, wiewohl nur im Auszuge, unter Nr 150. nochmals vor. S. Biener a. a. O. S. 103. folg. Die Zahl der Justinianischen Novellen ist diesemnach auf 154 beschränkt.

2) Wenn daher z. B., wie das oft der Fall ist, in einer Pandectenstelle eine Rechtsfrage aufgeworfen wird, und darüber, wie sie zu entscheiden sei, verschiedene Meinungen angeführt werden, so werden wir natürlich nicht allen diesen verschiedenen Meinungen gesetzliche Kraft beilegen können, sondern wir werden uns an die Meinung desjenigen zu halten haben, von welchem die Stelle herrührt.

Digitized by Google

2. Die Institutionen enthalten Vieles aus dem früheren, zur Zeit ihrer Abfassung nicht mehr gültigen Rechte. Bei dem vorherrschenden didaktischen Zwecke des Buches kann man sich darüber keinen Augenblick wundern, da der didaktische Vortrag der historischen Erläuterung nicht entrathen kann. Aber nicht bloß in den Institutionen, sondern auch in den Pandekten und im Codex findet sich gar Manches, was eine bloß historische Bedeutung hat. Einiges dieser Art hat sich in die gedachten Sammlungen ohne Zweifel nur eingeschlichen; daß es sich darin befindet, beruht auf einem Versehen der Compilatoren. Anderes dagegen ist sicher mit Bewußtsein und absichtlich aufgenommen. Waren nämlich gleich die Compilatoren allerdings angewiesen, das Unbrauchbare, was sie in den Schriften der classischen Juristen, oder in den Constitutionen der Imperatoren fänden, auszusondern und wegzulassen, so ging doch Justinians Absicht keineswegs dahin, alles Historische zu entfernen. Nur das völlig unbrauchbar Gewordene, dessen Kenntniß weder direct, noch indirect von praktischem Nutzen sein könnte, nur das sollte schlechthin von der Aufnahme in die neuen Sammlungen ausgeschlossen sein. Denken wir uns daher, die Compilatoren fanden eine Stelle vor, welche Beziehungen auf ältere, nicht mehr geltende Rechtsgrundsätze enthielt, die aber dennoch zugleich für die Einsicht in das neuere, geltende Recht von unmittelbarer oder mittelbarer Brauchbarkeit war, und nahmen sie eine solche Stelle auf, so handelten sie der ihnen ertheilten Anweisung nicht entgegen [3]). Also: in den Institutionen, in den Pandekten, im Codex, in allen drei Werken findet sich Vieles, was nur historische Bedeutung hat, aber mit folgendem Unterschiede: in den Institutionen

3) Man könnte zwar sagen, sie hätten in dergleichen Stellen das nicht mehr Geltende ausmerzen sollen; aber nicht selten war dieses mit dem noch Geltenden dergestalt verbunden, daß eine Ausscheidung unthunlich war. Und da durften denn die Compilatoren es für hinreichend achten, daß in andern Stellen die neueren Grundsätze bezeichnet waren, und der Leser dadurch in den Stand gesetzt wurde, selbst zu beurtheilen, was in jenen früher erwähnten Stellen noch jetzt anwendbar sei, und was nicht. Es verdient über diesen Gegenstand verglichen zu werden eine Abhandlung von v. Löhr, in Grolmans und Löhrs Magazin f. Rechtswissenschaft u. Gesetzgebung. Bd. III. Nr 7.

Digitized by Google

ist das Historische als solches eigens bezeichnet; in den Pandekten und im Codex fehlt es dagegen gar oft an dieser ausdrücklichen Bezeichnung, dergestalt daß das Historische von dem unmittelbar Praktischen erst durch Interpretation gesondert werden muß. Dieser Punkt wird im folgenden Paragraphen noch besonders erörtert werden [4]).

§. 4.

B. Resultat bei widerstreitenden Bestimmungen.

Es entsteht die Frage: wenn sich in den Justinianischen Rechtsquellen widerstreitende Bestimmungen vorfinden, an welche Bestimmung hat man sich zu halten? Wie wichtig diese Frage sei, braucht wohl nicht bemerkt zu werden. Was aber die Beantwortung derselben betrifft, so versteht es sich von selbst, daß die Frage nur den Fall eines wahren, wirklichen Widerstreits zum Gegenstande hat. Wo also die eine Vorschrift sich aus dem Gesichtspunkte der Regel, die andere aus dem Gesichtspunkte einer unter gewissen Bedingungen eintretenden Ausnahme auffassen läßt: da fällt die hier aufgeworfene Frage ganz und gar weg. Ueberhaupt darf man nicht zu leicht Widersprüche annehmen. Es sei die Rede von Regeln oder von Ausnahmen, so wird sich nicht selten der anscheinende Widerstreit zweier Stellen dadurch heben lassen, daß man sie auf verschiedenartige factische Voraussetzungen bezieht; also es wird oftmals die Ausgleichung scheinbar einander widerstreitender Stellen durch Distinctionen bewirkt werden können. Auf ein Verfahren dieser Art weis't Justinian selbst hin [1]). — Indessen, wenn man nicht zu leicht Widersprüche annehmen soll, so ist es auf der andern Seite eben so

4) Das hier über die Bestandtheile der Justinianischen Gesetzgebung Vorgetragene ist für den Zweck dieser Vorlesungen genügend. Die genauere Beschreibung der einzelnen Werke darf hier nicht erwartet werden, da dieselben als bekannt vorausgesetzt werden.

1) Const. Tanta. §. 15. »Contrarium autem aliquid in hoc Codice positum nullum sibi locum vindicabit, nec invenietur, si quis subtili animo diversitatis rationes excutiet; sed est aliquid novum inventum, vel occulte positum, quod dissonantiae querelam dissolvit, et aliam naturam inducit, discordiae fines effugientem.«

Digitized by Google

verwerflich, lieber zu den allergezwungensten und unhaltbarsten Erklärungen seine Zuflucht zu nehmen, als einen unläugbar vorliegenden Widerspruch einzuräumen.

Wo nun aber ein wahrer und wirklicher Widerspruch vorhanden ist, wie soll man sich da verhalten? Es ist hier zuerst und vor Allem Rücksicht zu nehmen auf das Verhältniß der größeren Massen unter einander. Dahin gehört z. B., wenn eine Stelle der Novellen einer Stelle in dem Codex widerstreitet, oder eine Stelle des Codex mit einer Stelle der Pandekten im Widerspruch steht u. s. w. Sodann aber wird zweitens darauf Rücksicht zu nehmen sein, daß innerhalb eines und desselben Werkes, einer und derselben Sammlung möglicher Weise Widersprüche vorkommen können, ja wirklich vorkommen.

Was den ersten Punkt anbetrifft, nämlich das Verhältniß der größeren Massen zu einander, so waren die Novellen ganz eigentlich und unmittelbar dazu bestimmt, das frühere Justinianische Recht in denjenigen Punkten, in welchen es nöthig schien, zu verbessern. In dem Publicationspatent des Codex repetitä prälectionis behält Justinian sich ausdrücklich das Recht vor, in der Folge neue reformirende Constitutionen zu erlassen [2]). Diese reformirenden Constitutionen sind aber eben die Novellen. Auch werden in diesen die einzelnen früheren aufzuhebenden Bestimmungen als solche mehrentheils ausdrücklich bezeichnet. Indessen wenn dem Allem auch nicht so wäre, so müßten wir dennoch den Novellen vor allen früheren Producten der Justinianischen Legislation den Vorzug einräumen, nach der allgemeinen Regel: das spätere Gesetz geht dem früheren vor, auch wenn es dieses nicht ausdrücklich aufhebt [3]).

Von eben dieser Regel müssen wir nun auch ausgehen bei Beurtheilung des unter den übrigen Werken bestehenden Verhältnisses. Specielle Vorschriften hat Justinian darüber nicht gegeben.

Was nun hier zunächst anbetrifft das Verhältniß des Codex zu den Institutionen und zu den Pandekten, so war allerdings

2) Const. Cordi nobis est. §. 4. 3) Sieh unten §. 18.

Digitized by Google

die erste Ausgabe des Codex älter, als die zuletzt angeführten beiden Werke. Dagegen ist die zweite Ausgabe des Codex, mit welcher allein wir es zu thun haben, von späterer Entstehung. Und so müssen wir denn, der angegebenen Regel zufolge, sagen: der Codex repetitä prälectionis derogirt den Institutionen und den Pandekten. Gegen dieses Resultat lassen sich allerdings Zweifel erheben. Nämlich das wird Niemand läugnen können, daß die in der neuen Ausgabe des Codex enthaltenen Justinianischen Constitutionen, welche zur Zeit der Vollendung der Institutionen und Pandekten noch gar nicht vorhanden waren, daß diese im Falle des Widerstreits vor den Institutionen und Pandekten den Vorzug behaupten müssen. Aber was die damals bereits vorhandenen Constitutionen betrifft, insbesondere diejenigen, welche schon für die erste Ausgabe des Codex waren benutzt worden, so könnte man Folgendes sagen, und es ist wirklich von Mehren und zwar von angesehenen Juristen gesagt worden: „Diese Constitutionen sind ja nicht jünger als Institutionen und Pandekten: „es ist also auch kein Grund vorhanden, ihnen vor diesen letzteren den Vorrang einzuräumen, und zwar um so weniger, als „man voraussetzen muß, daß die Verfasser der Institutionen und „Pandekten darauf bereits Rücksicht genommen haben.“ Dies nun ist allerdings sehr scheinbar, und eben deshalb bedarf es einer sorgfältigen Widerlegung dieses Argumentes. Die Gründe dagegen sind folgende: 1. Die gesetzliche Kraft des neuen Codex im Verhältniß zu andern Producten der Justinianischen Gesetzgebung läßt sich überhaupt nicht nach der Zeit der einzelnen darin enthaltenen Constitutionen abmessen; denn diese bilden in der Justinianischen Gesetzgebung Ein Ganzes, welches als solches publicirt worden ist. Nur auf denjenigen Zeitpunkt also kann Rücksicht genommen werden, von welchem an das Ganze gesetzliche Kraft erhalten hat, und dieser ist ein späterer, als derjenige, mit welchem das gesetzliche Ansehen der Institutionen und der Pandekten anhob. — 2. Viele Justinianische Constitutionen, welche dem Codex erst in der zweiten Ausgabe einverleibt sind, waren allerdings bereits vor Beendigung der Pandekten und der Institutionen erlassen. Daraus folgt aber noch keineswegs, daß

Digitized by Google

auf sie bei Abfassung der Pandekten und der Institutionen die erforderliche Rücksicht genommen sein müsse. Man bedenke nur die Kürze der Zeit, innerhalb welcher die gedachten Werke zu Stande gebracht werden sollten. Gewiß war es nicht thunlich, bei jeder einzelnen Justinianischen Constitution, die während des Laufes der Arbeit erschien, die ganze Arbeit, so weit sie bereits fertig war, zu revidiren, und alle mit der neuen Constitution etwa in Widerspruch stehende Stellen auszumerzen. 3. Selbst bei denjenigen Justinianischen Constitutionen, welche bereits in der ersten Ausgabe des Codex ihre Stelle gefunden haben, ist Folgendes zu erwägen: es mußte den Verfassern der Pandekten und Institutionen oftmals schwer fallen, sich den Einfluß dieser Constitutionen auf die ältere Rechtstheorie in seinem ganzen Umfange klar zu machen. Und so konnte es ihnen leicht begegnen, daß sie z. B. in die Pandekten aus einem sehr entschuldbaren Versehen etwas aufnahmen, was mit jenen Constitutionen nicht bestehen konnte. Endlich 4. diejenigen, welchen Justinian die Ausarbeitung der zweiten Ausgabe des Codex aufgetragen hatte, waren ausdrücklich angewiesen, die erste Ausgabe überhaupt einer neuen Revision zu unterwerfen, zuzusetzen, wegzulassen, zu verändern [4]). Es ist daher leicht möglich, daß sogar eine und die andere Constitution aus der vorjustinianischen Zeit erst für die neue Ausgabe benutzt wurde. Geschah dies aber, so muß eine solche Constitution ungeachtet ihrer ursprünglichen älteren Entstehung in Beziehung auf die Justinianische Legislation dennoch für neuer geachtet werden, als Institutionen und Pandekten. Eben so kann bei der neuen Ausgabe eine schon in die erste aufgenommen gewesene frühere Constitution dergestalt verändert worden sein, daß gegenwärtig etwas darin liegt, was darin in der ersten Ausgabe nicht enthalten war. Und so muß es denn bei gar vielen Stellen zweifelhaft bleiben, bald, ob sie den Verfassern der Pandekten und der Institutionen überhaupt vorlagen, bald, ob sie ihnen vorlagen in der Gestalt gerade, in welcher wir sie in dem neuen Codex finden. — Hiernach bleibt es also bei dem

4) Const. Cordi. §. 3.

Digitized by Google

gleich Anfangs aufgestellten Satze: wo der Codex repetitä prälectionis mit den Institutionen und Pandekten in Widerstreit steht, da gebührt ihm der Vorzug.

Es ist jetzt noch das gegenseitige Verhältniß der Institutionen und Pandekten zu untersuchen. Die Anwendung jener allgemeinen Regel, von welcher wir so eben ausgegangen sind, setzt voraus, daß unter den collidirenden Gesetzen das eine das ältere, das andere das neuere sei. Das Alter eines Gesetzes bestimmt sich aber nach dem Augenblick, von welchem an der Inhalt desselben in gesetzliche Kraft übergegangen ist. Und dieser Augenblick ist für Institutionen und Pandekten einer und derselbe gewesen [5]). Hieraus ergibt sich, daß die gedachte Regel auf das Verhältniß der Institutionen zu den Pandekten keine Anwendung gestattet. Aber es tritt hier eine andere analoge Regel ein. Nämlich: läßt es sich nachweisen, daß von zwei einander widerstreitenden Gesetzen, die gleichzeitig gesetzliche Kraft erhalten haben, das eine den früheren, das andere den späteren Willen des Gesetzgebers ausspricht, so werden wir dem später Gewollten und Beschlossenen vor dem früher Gewollten und Beschlossenen den Vorzug geben müssen. Wir müssen in einem solchen Falle nothwendig annehmen: der Gesetzgeber wollte das früher Beschlossene mit dem später Beschlossenen zugleich nur insoweit in gesetzliche Kraft treten lassen, als es diesem, nämlich dem später Beschlossenen, nicht widerspräche. Hiernach fragt es sich also: kann man, so viel die Institutionen und Pandekten betrifft, sagen, daß sich in dem einen Werke der spätere, in dem andern der frühere Wille des Gesetzgebers ausspreche? Diese Frage ist zu bejahen. Auf den ersten Blick könnte man geneigt sein, anzunehmen, die Institutionen waren das früher Gewollte. Denn die den Institutionen vorgesetzte Constitution, das s. g. **Prooemium Institutionum**, in welcher Justinian seine Genehmigung des Werks zu erkennen gibt, ist von früherem Datum, als das Publicationspatent der Pandekten [6]). Dennoch aber verhält die

5) Const. Tanta. §. 23.

6) Nämlich vom 21ten November, während das Publicationspatent der Pandekten vom 16ten December, 533, datirt ist.

Digitized by Google

Sache sich anders. Wir sehen aus dem gedachten **Prooemium**, daß die Pandekten bereits vollendet waren, als Justinian den Auftrag zur Abfassung der Institutionen ertheilte [7]). Daher müssen wir die Institutionen als das später Beschlossene betrachten, und ihnen im Ganzen den Vorrang vor den Pandekten einräumen. Ich sage im Ganzen, und zwar um deswillen: in den Institutionen finden sich viele Stellen, welche aus den Pandekten geschöpft sind, Stellen, wobei die Absicht unverkennbar lediglich diese ist, aus den Pandekten zu referiren, das in diesen Enthaltene mitzutheilen. Diese Relationen sind nun aber nicht immer genau; sie weichen, wie die Vergleichung lehrt, gelegentlich von ihrer Quelle ab, aber, wie gesagt, ohne alle Spur einer dabei zu Grunde liegenden Absicht: diese Abweichungen sind daher lediglich auf Rechnung der Flüchtigkeit zu setzen, mit welcher die Verfasser der Institutionen excerpirt haben; woraus denn weiter folgt, daß, wenn zwischen Pandekten und Institutionen eine Differenz dieser Art sich vorfindet, nur die Pandekten, nicht aber die Institutionen zu berücksichtigen sind [8]). So viel über den ersten hier zu erörternden Gegenstand, über das Verhältniß der größeren Massen zu einander.

Ich wende mich nunmehr zweitens zu der Untersuchung darüber, wie es zu halten sei, wenn sich Widersprüche finden *innerhalb der Grenzen einer und derselben Masse*.

In Beziehung auf die *Novellen* ist die Entscheidung leicht. Sie bilden durchaus kein legislatorisches Ganzes: denn wie bereits oben (§. 3.) bemerkt wurde: unsere Sammlung der Novellen ist keine von Justinian veranstaltete Sammlung: sie ist eine bloße Privatsammlung. So steht also jede einzelne Novelle für sich da. Und wir können daher hier wieder jene allgemeine Regel, daß das spätere Gesetz dem früheren derogirt, unmittel-

7) Pr. Inst. §.§. 3. 4.

8) Eine solche unvollständige Relation und zwar aus L. 7. §. 7. D. d. A. R. D. XLI, 1. findet sich in §. 25. I. d. rer. div. II, 1. Nach den Institutionen würde man das Ausdreschen des Getreides als eine Art Specification anzusehen haben, während es nach der zum Grunde liegenden Pandektenstelle nicht dafür gelten kann. Das aber beruhet lediglich darauf, daß die Verfasser der Institutionen die Pandektenstelle nicht vollständig ausgezogen haben.

Digitized by Google

bar zur Anwendung bringen. Dabei muß aber vor dem möglichen Irrthume gewarnt werden, daß die Folge der Novellen in unserer Sammlung mit der Zeitfolge übereinstimme: dies ist keineswegs der Fall. Auch kann man sich auf die Subscriptionen in den Ausgaben nicht durchaus verlassen [9]). Das folgende Verzeichniß der Justinianischen Novellen mit beigefügter Zeitbestimmung nach Bieners Geschichte der Novellen Justinians (S. 500. folg.), dem Neuesten und Besten, was wir über die Chronologie der Novellen haben, ertheilt über dieses Verhältniß die nähere Auskunft.

Nov.	Jahr.	Nov.	Jahr.	Nov.	Jahr.
1-17.	535.	99-101.	539.	137.	564. o. 565.
18-23.	536.	102-105.	536.	138*.	535.
24-29.	535.	106*.	540.	139*.	535. o. 536.
30-32.	536.	107-114.	541.	141.	559.
33*.	———	115-117.	542.	142.	552. o. 553.
34.	———	118.	543.	143.	563.
35-37.	535.	119. 120.	544.	145. 146.	553.
38-43.	536.	121.	535. o. 536.	147.	554.
44-48.	537.	122.	542.	150*.	563.
49.	536.	123.	546.	151*.	551 - 563.
50-62.	537.	124.	545.	152*.	535 - 541.
63-74.	538.	125.	544.	153.	541.
75*.	536.	126*.	543 - 546.	154*.	535. o. 536.
76.	538.	127.	547.	155*.	540.
77*.	538. o. 539.	128.	545.	156*.	Ganz ungewiß.
78-87.	539.	129.	551.	157.	535.
88*.	———	130. 131.	545.	158*.	Ganz ungewiß.
89-91.	———	132.	544.	159*.	556.
92*.	———	133.	539.	160*.	Ganz ungewiß.
93*.	———	134.	556.	162.	539.
94-97.	———	135.	Ganz ungewiß.		
98.	539. o. 540.	136.	541.		

Für die Institutionen ist unsere Frage ohne Bedeutung; denn in den Institutionen finden sich keine inneren Widersprüche, wenigstens keine, die irgend von praktischer Wichtigkeit wären.

Anders verhält es sich mit den Pandekten und dem Codex. Justinian selbst war allerdings der Meinung, daß sich in den

9) Die Subscriptionen sind häufig corrumpirt; daher denn auch die große Zahl der Varianten. Bei nicht wenigen Stücken fehlt die Subscription ganz, oder sie ist wenigstens so unvollständig, daß sich daraus keine Jahresbestimmung ergibt: In der folgenden Tabelle sind die hierher gehörigen Nummern durch einen Stern ausgezeichnet. In der Jahres-Columne dieser Tabelle bedeuten die längeren Striche das zunächst vorher angegebene Jahr.

Digitized by Google

Pandekten keine einander widerstreitenden Stellen fänden [10]). Er that daher seiner Ansicht nach im Grunde etwas Ueberflüssiges, wenn er die Richter anwies, in vorkommenden Fällen bei etwaigen Ambiguitäten an den Kaiser zu berichten, und dessen Entscheidung abzuwarten [11]). Ferner ergibt sich aus anderen Stellen [12]), daß Justinian dafür hielt, auch der Codex wäre von inneren Widersprüchen frei. Allein dennoch ist nichts gewisser, als daß dergleichen innere Widersprüche in der That in den Pandekten und im Codex vorkommen. — Jener von Justinian eventuell bezeichnete Ausweg des Berichts an den Regenten beruhet aber auf einer eigenthümlichen processualischen Einrichtung, welche später Justinian selbst aufgehoben hat [13]). Unserer heutigen Gerichtsverfassung ist die erwähnte Einrichtung vollends ganz und gar fremd. Wäre sie das aber auch nicht, so würde sie doch für unseren Zweck durchaus unbrauchbar sein. Denn uns kommt es ja bei der jetzt zu beantwortenden Frage gar nicht darauf an, daß irgend ein Widerstreit in den Pandekten oder im Codex von oben herab entschieden werde, sondern wir suchen einen Weg, auf dem wir selbst zu einem Resultate gelangen können. Und einen solchen gibt es denn auch in der That. Die Hauptregeln des Verfahrens sind folgende:

1. Wenn unter zwei einander widerstreitenden Stellen die eine des Gegenstandes, worauf es ankommt, nur beiläufig und nebenher erwähnt, während eben dieser Gegenstand in der anderen ex professo abgehandelt wird, so werden wir uns an diese letzte Stelle zu halten haben. Wir dürfen hier der Vermuthung Raum geben, daß bei dem obwaltenden Widerspruche ein bloßes Versehen der Compilatoren zum Grunde liege.

2. Läßt es sich erkennen, daß von zwei einander widerstreitenden Stellen die eine eine bloß historische Bedeutung hat, so werden wir diese gegen die andere zurücksetzen müssen. Zu den Merkmalen aber, woran die bloß historische Bedeutung einer

10) Sieh oben Anm. 1.
11) Const. Tanta. §. 21.
12) Const. Cordi nobis est. §. §. 3. 4.
13) Nov. 125. Siehe die angeführte (§. 3. Note 3.) Abhandlung von v. Löhr.

Digitized by Google

Stelle möglicher Weise erkannt werden kann, gehört unter anderen die Zeit der ursprünglichen Entstehung. Namentlich sind wir, so viel den Codex betrifft, berechtigt, so lange nicht ganz besondere Gründe dagegen sprechen, die frühere Constitution, inwieweit sie der späteren widerstreitet, als eine solche zu betrachten, welche die Compilatoren nur in historischer Beziehung aufgenommen haben. Darauf werden wir durch die chronologische Anordnung der einzelnen Stellen im Codex ganz bestimmt hingewiesen. — Eine andere Frage aber ist, ob man eben so in den Pandekten der Meinung eines älteren Juristen im Verhältniß zu der widerstreitenden Meinung eines jüngeren Juristen einen bloß historischen Werth beilegen dürfe? Jene chronologische Anordnung, welche wir in dem Codex gewahr werden, findet in den Pandekten nicht Statt. Dennoch aber scheint behauptet werden zu dürfen, daß im Zweifel auch in den Pandekten die Meinung des jüngeren Juristen als die für das Justinianische Recht gültige zu betrachten sei. Denn die Wahrscheinlichkeit ist dafür, daß die Compilatoren sich im Ganzen mehr an die neueren, als an die älteren Ansichten angeschlossen haben.

3. Findet die erste Regel keine Anwendung, und ist auch kein hinreichender Grund vorhanden, der einen oder der anderen unter den sich widersprechenden Stellen eine bloß historische Bedeutung beizulegen, so wird derjenigen Stelle der Vorzug gebühren, deren Inhalt der Natur des Gegenstandes und dem Geiste der Justinianischen Legislation am Meisten angemessen ist. Wir dürfen annehmen, daß für diese die Compilatoren selbst sich erklärt haben würden, wenn ihre Aufmerksamkeit auf den obwaltenden Widerstreit wäre gelenkt worden.

Das sind etwa die Hauptregeln, welche hier in Betracht kommen. Uebrigens ist zu bemerken, daß über den eben verhandelten Gegenstand die Meinungen sehr getheilt sind. Namentlich was die Berücksichtigung der Zeit anbetrifft, so war lange die herrschende Meinung diese: wo eine Verschiedenheit in der Zeit Statt fände, da gebühre der späteren Constitution und der Meinung des jüngeren Juristen alle Male und ohne Weiteres der

Digitized by Google

Vorzug [14]). Und auch unter den neuesten Schriftstellern haben sich mehre für diese Ansicht erklärt [15]). Dagegen hat es denn aber auch weder in älterer, noch in neuerer Zeit an Gegnern dieser Ansicht gefehlt. Eine ausführlichere Angabe der verschiedenen Meinungen würde hier zu weit führen.

IV. Heutige Anwendung des Justinianischen Rechtes. (§. §. 5–8.)

§. 5.

A. Von der Anwendung desselben im Allgemeinen.

Schon oben (§. 2.) ist bemerkt worden, daß gar Manches von demjenigen, was wir in den Justinianischen Rechtsbüchern vorfinden, heutiges Tages ganz und gar keine Anwendung gestattet, und zwar um deswillen, weil es sich auf Voraussetzungen bezieht, welche bei uns wegfallen. Dahin gehört unter Anderen die ganze Lehre von Sclaven und Freigelassenen. Wir haben in Deutschland keine Sclaven, und eben darum auch keine Freigelassenen gleich den Römischen **libertini**.

Aber auch da, wo dieser Grund der Unanwendbarkeit nicht eintritt, ist das Justinianische Recht in der Anwendung mancherlei Modificationen unterworfen. Diese Modificationen beruhen theils auf dem Einflusse der Glossatoren (§. 6.), theils auf dem Canonischen Rechte (§. 7.), theils auf dem einheimischen Rechte. (§. 8.)

Die Erwähnung des Canonischen Rechts und der einheimischen Rechte ist geeignet, an das Longobardische Lehnrecht zu erinnern, als welches gleichfalls zu dem Inhalte des gemeinen Rechtes, wie der Begriff desselben oben (§. 1.) bestimmt wurde, gehört. Allein das Longobardische Lehnrecht hat auf das Justinianische Recht überall keinen modificirenden Einfluß geübt. Es bezieht sich auf Verhältnisse, welche dem Römischen Rechte gänzlich fremd sind.

14) Siehe Glück, Erläuterung der Pand. Thl. I. S. 420. folg.

15) Ich verweise auf die Allegate bei Thibaut, System des Pandektenrechts. §. 37. Anm. 2. der 8ten Ausg.

Digitized by Google

B. Insbesondere.

§. 6.

a. Einfluß der Glossatoren.

Das Justinianische Recht hat in Deutschland nur insoweit Eingang gefunden, als es im Mittelalter auf den Italiänischen Rechtsschulen, und insbesondere auf der Rechtsschule zu Bologna, von allen der frühesten, Gegenstand des Unterrichts und eben daher auch für die schriftliche Erläuterung durch Glossen war, d. h. durch Anmerkungen, welche den Handschriften des Textes beigefügt wurden [1]). In Bologna ward aber nicht Alles, was in den Justinianischen Rechtsquellen enthalten ist, zum Gegenstande des Unterrichts und der schriftlichen Erläuterung gemacht. Und zwar hatte dies seinen Grund vornämlich darin, daß man, zumal Anfangs, nicht Alles vollständig hatte, theils aber auch darin, daß man Manches schon damals als unanwendbar und unpraktisch betrachtete. Hierauf beruhet nun der Grundsatz: »Quidquid non agnoscit glossa, illud nec agnoscit »curia«, d. h. nur die glossirten Bestandtheile der Justinianischen Rechtsquellen sind in den Gerichtsgebrauch übergegangen, nur auf sie kann man sich im Gericht berufen. Daher ist die Frage, welche Stücke glossirt sind, und welche nicht, von großer Wichtigkeit.

Die Institutionen sind durchweg glossirt. — In den Pandekten finden sich nur wenige nicht glossirte Stellen [2]). Viel mehr unglossirte Stellen kommen im Codex vor [3]). Endlich

1) Ueber die Bedeutung und Entstehung der Glossen ist zu vergleichen: Savigny, Geschichte des Römischen Rechts im Mittelalter. Bd. III. S. 556 folg. (der 2ten Ausg.)

2) Es sind dies folgende:
L. 7. §. 5. L. 8. bis L. 11. D. XLVIII, 20. — L. 10. bis L. 19. D. XLVIII, 22.

3) Nämlich folgende:
LL. 3. 5. 6. 7. C. I, 1. — LL. 15. 17. 18. 20. 24. 25. 26. C. I, 2. — LL. 29. 30. 36. 39. 40. 42-48. 53. 55. 57. C. I, 3. — LL. 14. 17. 18. 20. 22. 23. 25. 26. 29. 30. 32. 33. 34. C. I, 4. — LL. 9. 11-18. 20. C. I, 5. — LL. 2. 18. C. I, 9. — L. 2. C. I, 10. — LL. 9. 10. C. I, 11. — LL. 3. 7. 8. C. I, 12. — L. 10. C. I, 14. — L. 2. C. I, 15. — L. 3. C. I, 17. — L. 6. C. I, 26. — L. 1. §. 8. C. I, 27. L. 2. C. eod. von den Worten »singulis sol. 5.« zu Anfange des §. 19. bis zu den Worten »et hominibus ejus« zu Anfange des §. 23. — L. 2. C. I, 33. — L. 13. C. I, 51.
L. 4. C. II, 2. — LL. 18. 19. C. II, 7. — LL. 27. 28. C. II, 13. — L. 3. C. II, 59.
LL. 11. 12. C. III, 1. — LL. 2.

Digitized by Google

sind auch viele Novellen nicht glossirt [4]). In den Pandekten und im Codex pflegt man die glossirten Stellen »leges restitutae« zu nennen, weil sie erst in späterer Zeit aufgefunden und da erst in die späteren Ausgaben eingeschaltet sind.

Dies würde über die Regel, »Quidquid non agnoscit

4. C. III, 2. — LL. 1. 2. C. III, 10. — LL. 1. 2. C. III, 43. — L. 15. C. III, 44.

LL. 1. 13. 15. 16. C. IV, 20. — LL. 16. 22. C. IV, 21. — L. 1. C. IV, 24. — LL. 29. 30. C. IV, 32. — L. 24. C. IV, 35. — L. 5. C. IV, 62. — L. 33. C. IV, 65.

L. 6. C. V, 1. — Die Stelle »Idem A. Rationalibus . . . . . « zwischen L. 8. u. L. 9. C. V, 4. L. 29. C. eod. — Die Stellen hinter L. 10. C. V, 9. — L. 12. C. V, 17.

L. 4. C. VI, 4. — C. VI, 48.

L. 15. C. VII, 45. — L. 5. C. VII, 51. — LL. 35. 36. C. VII, 62.

L. 12. C. VIII, 10. — L. 3. C. VIII, 12. — L. 1. C. VIII, 40. — L. 29. C. VIII, 41. — L. 4. C. VIII, 52.

L. 6. C. IX, 4. — L. 2. C. IX, 5. — L. 1. C. IX, 6. — L. 6. C. IX, 8. — L. 37. C. IX, 9. — Die Stelle »Liceat cuilibet aggressorem. . . . . « zwischen L. 4. u. L. 5. C. IX, 16. — L. 2. C. IX, 29. — L. 26. C. IX, 47. — L. 11. C. IX, 49.

L. 11. C. X, 1. — L. 7. C. X, 3. — LL. 7. 8. C. X, 11. — LL. 1. 13. C. X, 16. — L. 9. C. X, 19. — LL. 2. 3. C. X, 27. — L. 4. C. X, 30. — L. 1. C. X, 55.

LL. 1. 2. C XI, 1. — L. 16. C. XI, 7. — L. 7. C. XI, 40. — L. 18. C. XI, 47. — L. 2. C. XI, 53.

L. 8. C. XII, 34. — LL. 18. 19. C. XII, 38. — L. 12. C. XII, 41. — L. 3. C. XII, 48. — L. 7. C. XII, 61. — L. 2. C. XII, 64.

Ueber die Leges restitutae des Codex insbesondere ist jetzt zu vergleichen: Karl Witte, die Leges restitutae des Justinianeischen Codex. Breslau. 1830. 8. Desgl.: Biener und Heimbach, Beiträge zur Revision des Justinianischen Codex. Berlin, 1833. 8.

4) Das Verhältniß der Accursischen Glosse zu unserer heutigen Novellensammlung ist das Folgende:

Nicht glossirt sind 72 Nummern, nämlich: 11. 13. 21. 21-32. 35-37. 40-43. 45. 50. 59. 62-65. 68. 75. 87. 101-104. 110. 121. 122. 126. 129. 130. 133. 135-142. 144-158. 160-168.

Unter den 96 glossirten Novellen bezeichnet Accursius durch Ausdrücke, wie »non legitur«, »non lego«, »inutilis constitutio«, als unpraktisch die Nov. 3. von den Worten des 1. Kap. »quoniam quidem non proprios« an; bei Nr 8. die Abschnitte »Scriptum est exemplar edicti Constantinopolitanis . . . . . «, und »Scriptum est exemplar hujus Dominico. . . . . «; ferner die Nov. 20.; desgleichen in der Nov. 76. die Clausel wegen Nichtanwendung des Gesetzes auf frühere Fälle; endlich die Novellen 80. 85. u. 159.

Viele ältere Ausgaben der glossirten Novellen enthalten 97 Novellen. Die Verschiedenheit dieser Zahl von der vorhin angegebenen (96) beruht darauf: In jenen Ausgaben stehen mitten unter den glossirten Novellen zwei, welche nicht dahin gehören, nämlich Nov. 63., zu welcher sich gar keine Bemerkung des Accursius findet, und Nov. 110., bei welcher er bloß anmerkt »hanc legem quidam non habent et non legitur«; dagegen fehlt der Text der in der That glossirten Nov. 38., indem nur die Glossen dazu, zwischen dem 3ten und 4ten Titel der 4ten Collatio, abgedruckt sind.

S. Biener's Gesch. der Nov. S. 293. folg. u. S. 438. folg. (S. 473. bezeichnet der Verfasser Nr 150. als glossirt; die Glosse geht indessen nicht auf diesen Auszug aus der Nov. 143., sondern auf die Novelle selbst.)

Digitized by Google

»glossa, illud nec agnoscit curia« hier genügen, wenn nicht noch eine andere Folge erwähnt werden müßte, welche Viele aus der so eben dargestellten Thatsache haben ableiten wollen, daß das Römische Recht nur so weit in den Gerichtsgebrauch übergegangen ist, als es im Mittelalter in Bologna Gegenstand der Bearbeitung und des Studiums war. Viele [5]) nämlich sagen so: die Glossatoren hatten von den Griechisch abgefaßten Novellen nicht das Original vor sich, sondern nur eine alte unvollkommene Lateinische Uebersetzung, die sogenannte **versio vulgata**: über diese haben sie gelehrt, diese haben sie glossirt, und daher kann **in foro** nur eben diese Uebersetzung Auctorität haben; auch wo sie falsch ist, kann man sich nur an sie, nicht an das Original halten. Allein diese Folgerung ist unrichtig. Die gewöhnliche Uebersetzung ward von den Glossatoren aller Wahrscheinlichkeit nach für das Original selbst gehalten [6]). Auf jeden Fall ging man bei den Vorlesungen, bei der Erklärung von der Voraussetzung aus, einen richtigen Text vor sich zu haben, und so ist denn nun die **versio vulgata** auch nur unter eben dieser Voraussetzung in den Gerichtsgebrauch übergegangen. Bei den übrigen Justinianischen Rechtsquellen berücksichtigt man nicht bloß diejenigen Lesarten, welche den Glossatoren bekannt waren, sondern man wählt vielmehr unter den vorhandenen die besten aus. Ein ähnliches Verfahren muß auch bei der **versio vulgata** der Novellen eintreten. Man ist nicht nur berechtigt, sondern sogar verpflichtet, sie aus dem Original zu berichtigen: denn die Glosse entscheidet überhaupt nur darüber, welche Theile der Justinianischen Rechtsquellen recipirt sind, aber über den Text der recipirten Stücke entscheidet sie durchaus gar nicht [7]).

Aus dem Bisherigen ergibt sich, daß der Umfang der Justinianischen Rechtsquellen für die Anwendung durch den Einfluß der Glossatoren beschränkt worden ist. Dagegen hat man nun aber auf der andern Seite in Bologna mit den Justinianischen Rechtsquellen auch Manches in Verbindung gebracht, was ihnen

5) Z. B. Schweppe, Röm. Privatrecht. §. 51.

6) Siehe Biener, Gesch. der Novellen. S. 270.

7) Vgl. Glück, I. S. 348. folg.

Digitized by Google

fremdartig ist. Dahin gehören denn namentlich jene in den Handschriften und Ausgaben des Codex vorkommenden Stellen, welche man »Authenticae« nennt, und welche bekanntlich von zweierlei Art sind. Die Mehrzahl derselben besteht in kurzen Auszügen aus solchen Novellen, wodurch Rechtssätze des Codex, mehr oder weniger abgeändert werden. Diese Novellenauszüge rühren größten Theils von Irnerius her, dem Stifter der Rechtsschule in Bologna. Man fügte sie den Abschriften des Codex bei und fing schon sehr früh an, sie als integrirende Theile des Codex zu betrachten: als solche wurden sie gleich den Constitutionen des Codex Gegenstand der mündlichen und schriftlichen Erläuterung. So geschah es denn, daß auch sie zu gerichtlichem Ansehen gelangten. Ja manche Praktiker gehen so weit, daß sie behaupten, die Authentiken seien über die Novellen zu setzen, aus denen sie genommen sind. Allein diese Ansicht ist durchaus unrichtig. Die Authentiken, von welchen hier die Rede ist, sind und bleiben eine bloße Privatarbeit, berechnet für einen doctrinellen Zweck. Sie geben sich selbst für nichts als Auszüge, und können daher nur insofern gelten, als sie treu sind [8]). — Dies nun ist die eine Art von Authentiken im Codex. Viel weniger zahlreich sind andere in den Codex aufgenommene Zusätze, welche ebenfalls den Namen von Authentiken führen, und in Verordnungen der Deutschen Kaiser Friedrich I. und Friedrich II. bestehen, weshalb sie denn auch zum Unterschiede von den zuerst erwähnten Authentiken „Fridericianische Authentiken" genannt zu werden pflegen. Ihre Aufnahme in den Codex beruhete zum größten Theil auf dem eignen Verlangen der Kaiser. Und so wurden nun auch sie als integrirende Theile des Codex angesehen, mit welchem sie in den allgemeinen Gerichtsgebrauch übergingen [9]).

§. 7.

b. Einfluß des Canonischen Rechtes.

Die Bestimmungen des Canonischen Rechts betreffen keines-

8) Glück, I. S. 336. folg.

9) Siehe Savigny, im angef. Werke. Bd. III. §. 196. S. 531. folg.

Digitized by Google

wegs bloß eigentlich religiöse und kirchliche Verhältnisse, sondern sie enthalten auch gar Manches, was in das Gebiet des allgemeinen Privatrechts einschlägt; und nicht selten stehen diese Bestimmungen mit denen des Römischen Rechts in Widerspruch. Es fragt sich daher nach dem praktischen Verhältnisse, welches in dieser Beziehung zwischen dem Canonischen und Römischen Rechte Statt findet. Hierüber gibt es mehr als eine Meinung; und es hat namentlich nicht an Solchen gefehlt, welche die Behauptung aufgestellt haben, daß in der Regel das Römische Recht dem Canonischen vorgehe [1]). Die herrschende und gewiß auch richtige Ansicht dagegen ist diese, daß das Canonische Recht als das neuere vor dem Römischen den Vorzug habe, außer inwieweit im Einzelnen etwa sich nachweisen läßt, daß entweder der Gerichtsgebrauch, oder ausdrückliche einheimische Gesetze für die Anwendung des Römischen Rechts entschieden haben, wie dies z. B. in der Lehre von der Zulässigkeit der Zinsen der Fall ist. So viel über das Verhältniß des Canonischen Rechts zum Römischen.

Die Quellen des Canonischen Rechts selbst, so weit sie hier in Betracht kommen, sind aber folgende:

a. Corpus juris Canonici.

Dieses besteht aus sechs verschiedenen Werken. Vier derselben, welche schon früh gesetzliches Ansehen erhalten und allgemeine Anerkennung gefunden haben, werden von neueren Schriftstellern als ein in sich abgeschlossenes Ganzes betrachtet und zusammengefaßt unter dem Namen

α. Corpus juris Canonici [clausum.]

Die einzelnen Bestandtheile desselben sind:

a. Ein systematisches Werk über das kirchliche Recht, in welches eine große Masse von Excerpten aus sehr verschiedenartigen Quellen verwebt ist; nämlich die von Gratianus, einem Mönche zu Bologna, im J. 1151 vollendete »Concordia discor-

1) Diese Ansicht hat z. B. Hellfeld, Jurisprudentia forensis. §. 81. Sieh indessen hierüber Glück, I. §. 79., verb. mit §. §. 77. 78.

Digitized by Google

dantium canonum«, gewöhnlich »Decretum Gratiani«, oder auch »Decretum« schlechthin genannt; an sich eine bloße Privatarbeit, die aber sehr bald nach ihrer Entstehung das Ansehen eines Gesetzbuches erlangte. Das Ganze, dessen einzelne Stellen man canones nennt, ist in drei Partes eingetheilt [2]).

b. Drei Sammlungen, veranstaltet auf Befehl der auf den Titeln genannten Päpste. Jede derselben besteht aus 5 Büchern [3]).

Die 1. Sammlung, unter dem Titel »Decretales D. Gregorii Papae IX.«, verfaßt von Raymund von Pennaforte, vollendet und bekannt gemacht im J. 1234, ist zwar nicht ausschließlich, aber doch größten Theils aus Gregors und seiner Vorgänger Decretalen [päpstlichen Verfügungen] geschöpft. Bei Allegationen bezeichnet man dieses Werk mit dem Ausdrucke »Extra.« Diesen erklären Einige so: Man hatte nun zwei Werke von gesetzlichem Ansehen, das Decretum Gratiani und eines, welches neben diesem, also extra Decretum, bestand. Andere halten Extra für eine Abkürzung des Wortes »Extravagantes«: so nämlich nannte man in früherer Zeit überhaupt solche kirchliche Verordnungen, welche sich in keiner gemeinrechtlich anerkannten Sammlung befanden; und von dieser Art war bis dahin der Inhalt der neuen Sammlung gewesen, sie war aus Extravaganten zusammengetragen [4]).

2) Was die innere Einrichtung betrifft, so zerfällt die 1. Pars in 101 Distinctiones. Man allegirt so: c. 1. D. 19.

Die 2. Pars enthält 36 Causae d. h. Rechtsfälle. Der Bezeichnung des Rechtsfalls ist immer eine Reihe von Fragen, Quaestiones, angehängt, und der Beantwortung jeder einzelnen Frage ein eigner Abschnitt gewidmet. Man allegirt: c. [canon] 43. C. [Causa] 11. qu. [quaestione] 3. — Bei der 33. Causa macht die Beantwortung der 3. Quaestio eine besondere Abhandlung aus unter der Ueberschrift De poenitentia. Sie ist in 7 Distinctiones eingetheilt und wird so allegirt: c. 60. D. 1. de poenit.

Die 3. Pars, überschrieben De consecratione, zerfällt in 5 Distinctiones. Man allegirt: c. 20. D. 2. de consecrat.

3) Die Bücher sind in Titel eingetheilt. Die einzelnen Stücke jedes Titels werden capita oder capitula genannt.

4) Das Zeichen für Extra ist X. Die Titel werden, wie bei allen übrigen nach Titeln geordneten Sammlungen, entweder durch die bloße Angabe der Ueberschrift, oder durch Ueberschrift und Zahlen zugleich, oder durch Zahlen allein bezeichnet. So allegirt man z. B. c. 28. X. de jurejurando; oder c. 28. X. de jurejurando (II, 24.); oder c. 28. X. II, 24.

Digitized by Google

Die 2. Sammlung, unter dem Titel »**Liber sextus Decretalium D. Bonifacii Papae VIII.**«, publicirt im J. 1298, besteht gleichfalls hauptsächlich aus Decretalen theils noch von Gregor IX., theils von dessen Nachfolgern, insbesondere von Bonifacius VIII. selbst [5]).

Die 3. Sammlung, unter dem Titel »**Clementis Papae V. Constitutiones in Concilio Viennensi editae**«, gewöhnlich »**Clementinae**« benannt, und publicirt im J. 1313, enthält die Disciplinarbeschlüsse des im J. 1311 zu Vienne gehaltenen Conciliums [6]).

Die beiden Werke, welche nicht zu dem s. g. **Corpus clausum** gerechnet werden, führen den Namen

β. »**Extravagantes**«,

der ihnen ursprünglich in dem vorhin angegebenen Sinne beigelegt wurde, fortdauernd, ungeachtet man sie in späterer Zeit als integrirende Theile des **Corpus juris canonici** ansah; nur haben sie allerdings nie eine so allgemeine Anerkennung gefunden, wie die vorhin aufgezählten Werke; auch sind sie, schon ihrem Inhalte nach, von minder umfassender praktischer Bedeutung, zumal für diejenigen rechtlichen Verhältnisse, worauf die Pandekten-Vorlesungen sich beziehen.

Beide sind, ihrer Entstehung nach, Privatsammlungen von Decretalen. Ihre jetzige Gestalt haben sie um den Anfang des 16ten Jahrhunderts durch einen Französischen Rechtsgelehrten, Namens Johannes Chappuis erhalten. Die einzelnen Stellen werden auch hier **capita** oder **capitula** genannt.

Die 1. Sammlung, unter dem Titel »**Extravagantes seu Constitutiones viginti a Joanne Papa XXII. editae**« (die Verordnungen sind aus den Jahren 1316–1324), ist in 14 Titel eingetheilt [7]).

5) Die vollständigste Art der Allegation ist diese: c. 2. de arbitris in VI. [Sexto, nämlich libro Decretalium] (I, 22.).

6) Am Vollständigsten allegirt man so: c. un. de usuris in Clem. [Clementinis] (V, 5.): oder Clem. [Clementina] un. de usuris. (V, 5.).

7) Man allegirt am Vollständigsten so: c. un. Extrav. Joh. XXII. de voto. (VI.).

Digitized by Google

Die 2. Sammlung, unter dem Titel »Extravagantes communes«, enthält Decretalen verschiedener Päpste: Die frühesten sind von Urban IV. († 1264), die spätesten von Sixtus IV. († 1484). Das Ganze ist in Bücher getheilt, wobei die Anlage auf 5 Bücher gemacht ist; in der That sind aber nur 4 vorhanden, denn an der Stelle, wo das 4. Buch anheben sollte, steht: »Quartus liber vacat.« Die Bücher zerfallen in Titel [8]).

b. Beschlüsse des Concilii Tridentini,

gehalten in den J. 1545 bis 1563. Diese Beschlüsse sind in dem öffentlich bekannt gemachten Protokolle der Versammlung nach den 25 Sitzungen, in welchen sie gefaßt worden, geordnet, und bei jeder einzelnen Sitzung wieder unter gewisse Rubriken gebracht. Für den Zweck der gegenwärtigen Vorlesungen ist nur die Sessio 24. zu berücksichtigen, theils in dem Abschnitte De sacramento matrimonii, der in canones, theils in dem Abschnitte De reformatione matrimonii, der in capita eingetheilt ist [9]).

§. 8.

c. Einfluß der einheimischen Rechte.

Die bestehenden einheimischen Rechte gehen überhaupt den fremden recipirten Rechten vor. Und so wird denn durch sie nothwendig auch das Römische Recht in seiner Anwendung modificirt. Allerdings aber interessiren uns hier die einheimischen Rechte nur insofern, als sie ein gemeines Privatrecht sind. In diese Kategorie gehört als Gewohnheitsrecht der allgemeine Gerichtsgebrauch. Was aber die Produkte ausdrücklicher Legislation anbetrifft, so gehören dahin vor Allem die ehemaligen Reichsgesetze, inwieweit sie in das Gebiet des Privatrechts einschlagen, wobei zu bemerken ist, daß sich häufig einzelne privatrechtliche Bestimmungen auch in solchen Reichsgesetzen

8) Man allegirt am Vollständigsten so: c. 1. Extrav. comm. de emptione et venditione. (III, 5.).

9) Man allegirt: Conc. Trid. Sess. XXIV. de sacram. matrim. c. 3.; oder Conc. Trid. Sess. XXIV. c. 3. de sacram. matrim.

Digitized by Google

finden, die ihrem Hauptzwecke nach dem öffentlichen Rechte angehören. Durch die bloße Auflösung des ehemaligen Reichsverbandes haben jene Gesetze ihre Gültigkeit keineswegs verloren. Was sich hinsichtlich ihrer durch die Auflösung des Reichsverbandes geändert hat, das besteht lediglich und allein darin, daß die Zulässigkeit der Abänderung und Aufhebung derselben in den einzelnen Territorien keinem weiteren Bedenken unterliegt. Und selbst in den ehemals zum Rheinbunde gehörigen Ländern sind die privatrechtlichen Bestimmungen der Reichsgesetze im Allgemeinen als fortbestehend zu betrachten, ungeachtet der Artikel 2. der Rheinbunds-Acte die ehemaligen Reichsgesetze für unverbindlich erklärt [1]): dieser passus bezieht sich nämlich nur auf den staatsrechtlichen Inhalt der Reichsgesetze. Uebrigens sind von den Gesetzen der bezeichneten Art diejenigen, welche für uns vorzugsweise von Bedeutung sind, die folgenden:

A. Reichsgesetze:

1. Die goldene Bulle v. 1356.
2. Die Cammergerichtsordnungen v. 1495... 1521... 1555, und das Concept der verbesserten Cammergerichtsordnung von 1603, dem Reichstage 1613 vorgelegt.

Hiebei ist Folgendes zu bemerken. Die älteste Cammergerichtsordnung ist vom Jahre 1495. In der Folge wurden von Zeit zu Zeit neue Cammergerichtsordnungen abgefaßt, unter welchen indessen für uns nur die von 1521 und von 1555 wichtig sind, weshalb auch nur sie hier mit aufgeführt sind. Die Cammergerichtsordnung von 1555 ist die neueste überhaupt vorhandene. Indessen auch an dieser schien Manches einer Verbesserung zu bedürfen. Es ward deshalb eine Revision derselben beschlossen. Diese hatte die Abfassung des angeführten Concepts der verbesserten Cammergerichtsordnung zur Folge. Zu einem förmlichen Reichsgesetze nun ist dieses Concept zwar nicht erhoben worden, aber in effectu hat man dasselbe als Gesetz gelten lassen, und so wird denn in der Folge auch darauf zuweilen verwiesen werden.

1) S. nämlich Eichhorn Deutsches Privatr. §. 24. Anm. a.

Digitized by Google

3. Maximilians I. Notariatsordnung v. 1512.
4. Carls V. Verordnung, die Succession der Brüder- oder Schwester-Kinder betreffend v. 1529.
5. Die Polizeiverordnungen v. 1503. 1548. 1577.
6. Carls V. Peinliche Gerichtsordnung v. 1532.
7. Der Landfrieden zu Augsburg im J. 1548.
8. Die Münzordnung v. 1559.
9. Folgende Reichsabschiede: Zu Speyer v. 1529; zu Augsburg v. 1548. 1551. 1555; zu Regensburg v. 1532. 1567. 1576. 1654 (Jüngster Reichsabschied).

In Bezug auf diese bemerke ich: in früherer Zeit war es so, daß der Reichstag keine beständige Sitzungen hielt. Nur wenn das Bedürfniß es besonders erheischte, ward er zusammenberufen, und dann faßte man bei Beendigung desselben sämmtliche im Laufe der Berathungen zu Stande gekommenen Beschlüsse in Einer Akte zusammen, welche man mit dem Namen Reichsabschied bezeichnete. Der letzte Reichsabschied nun ist der zu Regensburg im Jahre 1654 abgefaßte, und deshalb nennt man ihn den jüngsten Reichsabschied. Später wurden die Sitzungen des Reichstags permanent; es konnten daher wohl einzelne Reichsgesetze, aber keine Reichsabschiede mehr zu Stande gebracht werden.

B. Neuere Gesetze:

1. Bundesacte vom 8. Juni 1815.
2. Beschlüsse der Deutschen Bundesversammlung.

Doch ist zu bemerken, daß bis jetzt in diesen Quellen für das Privatrecht nur sehr Weniges sich findet.

V. Litterarnotizen. (§. §. 9–14.)

§. 9.

A. Schriften zur Belehrung über die civilistische Litteratur.

a. Schriften von allgemeinerer Beziehung.

α. Geschichte der Litteratur.

1. Christ. Gottl. Hauboldi Institutiones juris Romani litterariae. Tom. I. Lips. 1809. 8.
2. Hugo, Lehrbuch der civilistischen Litterärgeschichte. Berl.

Digitized by Google

1812. 8. — 3te Ausg. unter dem Titel: Lehrbuch der Geschichte des Römischen Rechts seit Justinian. Ebendas. 1830. 8.

3. Friedr. Carl v. Savigny, Geschichte des Römischen Rechts im Mittelalter. Heidelb. 1815. folg. 8. — 5ter Bd. 1829. 6ter Bd. 1831. Von Bd. 1-3. erschien im J. 1834 eine 2te Ausgabe.

β. Bloße Bücherkunde.

1. Mart. Lipenii Bibliotheca realis juridica. 1679. f. — post Frid. Gottl. Struvii et Gottl. Aug. Jenichenii curas multis accessionibus aucta. Lips. 1757. 2 Bde. f. — Später haben Supplemente herausgegeben: Aug. Frid. Schott, ibid. 1775. 1 Bd. f.; Ren. Car. de Senkenberg, ibid. 1789. 1 Bd. f.; und Lud. God. Madihn, Vratisl. 1816. 23. 2 Bde. f.

2. Christ. Gottl. Haubold, Institutionum juris Romani privati historico-dogmaticarum Lineamenta observationibus maxime litterariis distincta. Lips. 1814. 8. - Nach des Verfassers Tode aus dessen Papieren neu herausgegeben von Car. Ed. Otto. Ibid. 1826. 8.

3. Arn. Heise, Grundriß eines Systems des gemeinen Civilrechts. 2te Ausg. 1816. 8. — 3te Ausg. in 3 unveränderten Abdrücken. Ebendas. 1819-23.

4. Christ. Gottl. Haubold, Doctrinae Pandectarum Lineamenta cum ... selecta litteratura maxime forensi. Lips. 1820. 8.

b. Schriften, welche insbesondere die Quellen des Römischen Rechtes betreffen.

S. §. 10. a. und §. 11. a.

§. 10.

B. Litteratur der Quellen.

a. Handschriften und Ausgaben der Justinianischen Rechtsquellen.

Ausführliche Verzeichnisse enthalten
in Bezug auf sämmtliche Justinianische Rechtsquellen:

1. Ernst Spangenberg, Einleitung in das Römisch-Justinianische Rechtsbuch. Hannov. 1817. 8.

Digitized by Google

2. Jo. Ludov. Guil. Beck, Indicis codicum et editionum juris Justinianei Prodromus. Lips. 1823. 8.

in Bezug auf die Institutionen:

Prodromus corporis juris civilis a Schradero, Clossio, Tafelio edendi. Berol. 1823. 8.

in Bezug auf die Novellen:

Friedr. Aug. Biener, Geschichte der Novellen Justinians. Berl. 1824. 8.

α. Ausgaben einzelner Quellen.

a. Institutionen.

aa. Mit der Glosse.

Editio princeps gedruckt von Pet. Schoyffer de Gernsheym. Magunt. 1468. f.

bb. Ohne die Glosse.

1. Ausg. von Greg. Haloander. Noremb. 1529. 8.
2. Von Ant. Contius. Paris. 1567. 8.
3. Ausgaben nach der Recension des Jac. Cujacius: Von ihm selbst, Paris. 1585. 12.; von Jo. Bernh. Koehler, Gotting. 1772. 8.
4. Ausg. von Frid. Aug. Biener. Berol. 1812. 8.
5. Von Car. Bucher. Erlang. 1826. 8.
6. Von Ed. Schrader, mit fortlaufendem Commentar, (als Tom. I. der von demselben in Gemeinschaft mit Tafel, Clossius und Maier unternommenen Ausgabe des Corpus juris civilis) unter dem Titel: Imperatoris Justiniani Institutionum Libri IV. Ad fidem Codicum Manuscriptorum aliorumque subsidiorum criticorum recensuit, commentario perpetuo instruxit Eduard. Schrader JCtus. Berol. MDCCCXXXII. 4to. Ein Abdruck des Textes ohne den Commentar, mit Angabe der Parallelstellen, erschien ebendaselbst 1836 in 8vo. [Editio stereotypa.]

b. Pandekten.

aa. Mit der Glosse.

Editiones principes: Das Digestum vetus, gedruckt von

Digitized by Google

Henr. Clayn. Perus. 1476. f. — Das Infortiatum gedruckt von Vitus Puecher. Rom. 1475. f. — Das Digestum novum gedruckt von demſelben. Rom. 1476. f.

bb. Ohne die Gloſſe.

1. Digestorum seu Pandectarum Libri quinquaginta. Editi Noremb. per Greg. Haloandrum. 1529. 4.

2. Digestorum seu Pandectarum Libri quinquaginta ex Florentinis Pandectis repraesentati (von Lael. und Franc. Taurellus). Florent. 1553. f.

c. Codex.

aa. Mit der Gloſſe.

Editiones principes: Die erſten neun Bücher gedruckt von Pet. Schoyffer. de Gernsheim. Magunt. 1475. f. — Die drei letzten Bücher nebſt den Novellen und dem Feudorum usus gedruckt von Vitus Puecher. Rom. 1476. f.

bb. Ohne die Gloſſe.

Codicis Justinianei ex repetita praelectione Libri XII a Greg. Haloandro purgati recognitique. Noremb. 1530. f.

d. Novellen.

aa. Mit der Gloſſe.

Editio princeps, nach der altlateiniſchen Sammlung, gedruckt von Vitus Puecher. Rom. 1476. f. (S. c. aa.)

bb. Ohne die Gloſſe.

1. *Νεαρῶν Ἰουστινιανοῦ Βασιλέως τῶν ἐν τῷ νῦν εὑρισκομένων καὶ ὡς εὑρίσκονται βιβλίον.* Novellarum constitutionum Dn. Justiniani Principis quae extant et ut extant volumen. Greg. Haloandro interprete. Noremb. 1531. f.

2. *Αὐτοκρατόρων Ἰουστινιανοῦ, Ἰουστίνου, Λέοντος νεαραὶ διατάξεις. Ἰουστινιανοῦ ἔδικτα.* Impp. Justiniani, Justini, Leonis novellae constitutiones. Justiniani edicta. studio et diligentia Henr. Scrimgeri. (Genev.) 1558. f.

3. Novellae constitutiones Dn. Justiniani ex graeco in latinum conversae et notis illustratae a Jo. Frid. Hombergk zu Vach. Marb. 1717. 4.

Digitized by Google

β. Ausgaben, welche sämmtliche Justinianische Rechtsquellen umfassen.

a. Mit der Glosse.

1. Ausg. von Ant. Contius. Paris. 1576. 6 Bde. f.

2. Corpus juris civilis Justinianei opera Jo. Fehii. Lugd. 1627. 6 Bde. f.

b. Ohne die Glosse.

1. Ausg. von Ludov. Russardus. Lugd. 1560. 61. 2 Bde. f. — Antverp. 1566. 67. 11 Bde. 8. — Ibid. 1570. 8.

2. Von Ant. Contius. Lugd. 1571. 13 Bde. kl. 8.

3. Von Ludov. Charondas. Antverp. 1575. f.

4. Ausgaben mit den Noten des Dion. Gothofredus: Von ihm selbst. Lugd. 1583. 4. - Ibid. 1590. f. - St. Gervas. 1602. f. - Lugd. 1607. f. — (Von seinem Sohne, Jac. Gothofredus.) Colon. Allobr. 1624. f. — Von Sim. v. Leeuwen. Amst. 1663. f. — Frankfurter Ausgaben: 1663. - 1683. 4. — Leipziger Ausgaben: 1668. - 1705. - 1720. - 1726. - 1740. 4.

5. Ausg. von Ge. Christ. Gebauer und Ge. Aug. Spangenberg. Gotting. 1776. 97. 2 Bde. 4.

6. Elzevirische Handausgaben, Amst. 2 Bde. 8.: 1663. 64. -1681. -1700.

7. Ausg. von Jo. Ludov. Guil. Beck. Lips. 1825. 26. 31. 36. 8. Tomi I. Pars 1. et 2. enthaltend die Institutionen und die Pandekten. Tomi II. Pars I. enthaltend den Codex. Tomi II. Partis II. Vol. I. II. enthaltend die Novellen und die übrigen Stücke. Ein stereotypirter Abdruck des Ganzen in 4. ist ebenfalls jetzt vollendet.

8. Ausg. von C. T. Albertus und C. Mauritius Kriegel. Ed. stereotypa. Pars I., enthaltend Institutionen und Pandekten. Lips. 1833. gr. 8. Fortgef. von A. Herrmann. Partis II. Fascic. VII. VIII. Lips. 1837. (bis jetzt 3 Bücher des Codex.)

b. Quellen des Canonischen Rechtes.

1. Corpus juris canonici. Just. Henn. Boehmer recensuit. Hal. 1747. 2 Bde. 4. Eine neue Ausgabe, besorgt durch

Aemil. Lud. Richter, erscheint Leipz. seit 1833. (bis jetzt das Decretum Gratiani vollständig.)

2. Concilium Tridentinum .. ex ultima recognitione Jo. Gallemart ..... Colon. Agripp. 1722. 4.

c. Quellen des einheimischen Rechtes.

1. Neue und vollständige Sammlung der Reichsabschiede . . . sammt den wichtigsten Reichsschlüssen. Frankf. 1747. 4 Thle. f.

2. Carl Friedr. Gerstlacher, Handbuch der deutschen Reichsgesetze in systematischer Ordnung. Carlsr., Frankf. und Stuttg. 1786-93. 11 Thle. 8. Der 10te Theil betrifft das Privatrecht.

3. Joh. Ludw. Klüber, Schlußacte des wiener Congresses und Bundesacte. Erlang. 1816. 8.

4. Protokolle der Deutschen Bundesversammlung. Frankf. 1816. folg. 4.

§. 11.

C. Litteratur der Hülfsmittel zur Kritik und Interpretation der Justinianischen Rechtsquellen.

a. Ueberbleibsel des vorjustinianischen Rechtes.

Ausführliche Auskunft über die hierher gehörige Litteratur geben:

1. Gust. Hugo, Index editionum Fontium corporis juris civilis. Anhang zu des Verfassers Ausg. der Sentenzen des Paulus. (S. α. c.)

2. Hauboldi Institutiones litterariae. (s. §. 9. a. α. 1.) pag. 222. seq.

α. Einzelne besonders wichtige Ueberbleibsel.

α. Aechte Institutionen des Gajus.

1. Gaji Institutionum Commentarii IV. (Ed. Jo. Frid. Lud. Goeschen.) Berol. 1820. 8. — Ibid. 1824. 8.

2. Gaji et Justiniani Institutiones. Recognover. Clem. Aug. Car. Klenze et Ed. Böcking. Berol. 1829. 4.

3. Gaji Institutionum Commentarii IV. Cura Aug. Guil Hefftter. Bonn. 1830. kl. 8.

Digitized by Google

4. [Eine neue Ausgabe der Institutionen des Gajus, bestimmt für den Handgebrauch, als Theil der unter β. 3. angeführten Sammlung, von Göschen begonnen, durch dessen Tod unterbrochen, wird jetzt von Carl Lachmann fortgesetzt.]

b. Fragmente des Ulpianus.

Ausgaben von Gust. Hugo: Domitii Ulpiani Fragmenta. Gotting. 1788. 8. — Berol. 1811. 8. — Ibid. 1814. 8. — Ibid. 1822. 8. — Ibid. 1834. von Ed. Böcking. Bonn. 1831. 8. Auch als Theil der unter β. 3. angef. Sammlung — Ibid. 1836, vermehrt durch das von St. Endlicher (de Ulpiani Institutionum fragmento, Vindobonae. 1836.) aufgefundene Fragment. (Ueber dieses ist jetzt auch zu vergleichen: Zeitschrift f. geschichtl. Rechtsw. Bd. IX. Nr 1.)

c. Sentenzen des Paulus.

Neueste Ausgabe: Julii Pauli Sententiarum receptarum ad filium libri quinque. ed. Gustav. Hugo. Berol. 1795. 8. — Cura Lud. Arndts. Bonn. 1833. auch als Theil der unter β. 3. angeführten Sammlung.

d. Vaticanische Fragmente.

Neueste Ausg.: Juris civilis Antejustinianei Vaticana Fragmenta ab Aug. Majo edita recognovit, commentario instruxit Alex. Aug. de Buchholtz. Regiom. Boruss. 1828. 8. — Cura Aug. Bethmann-Hollweg. Bonn. 1833. Auch als Theil der unter β. 3. angef. Sammlung.

e. Theodosischer Codex.

Neuere Ausgaben:

1. Codex Theodosianus cum perpetuis commentariis Jac. Gothofredi. (Nach dessen Tode herausgegeben) opera et studio Ant. Marvillii. Lugd. 1665. 6 Bde. f. — Eine verbesserte Ausgabe des Werkes hat Jo. Dan. Ritter besorgt. Lips. 1736-45. 6 Bde. f.

2. Codicis Theodosiani Libri V priores. Recognov. Car. Frid. Christ. Wenck. Lips. 1825. 8.

3. Codex Theodosianus, ad LIV librorum manuscriptorum et priorum editionum fidem recognovit et annotatione critica instruxit Gust. Haenel, Lipsiensis. Bonn. 1837.

Digitized by Google

(Bis jetzt Lib. I - VI.) Als Theil der unter β. 3. angeführten Sammlung.

ſ. Vorjuſtinianiſche Novellen.

Neuere Ausgaben:

1. Tom. VI. Pars 2. der Ritterſchen Ausg. des Theodoſiſchen Codex. (S. c. 1.)

2. Impp. Theodosii Junioris [et Valentiniani III. Novellae leges ceteris Antejustinianeis ..... addendae. ed. Ant. Zirardinus. Favent. 1766. 8.

3. Leges Novellae V anecdotae Impp. Theodosii Junioris et Valentiniani III. ..... opera et studio Jo. Chph. Amadutii. Rom. 1767. f.

β. Sammlungen des uns Erhaltenen.

1. Ant. Schultingii Jurisprudentia vetus Ante-Justinianea. Lugd. Batav. 1717. 4. — Lips. 1737. 4.

2. Jus civile Antejustinianeum a societate Jureconsultorum curatum. Praefatus est Gust. Hugo. Berol. 1815. 2 Bde. 8.

3. Corpus juris Romani Antejustiniani, consilio professorum Bonnensium, E. Böckingii et A. Bethmann-Hollwegii, et, dum in vivis erat, E. Puggaei: curaverunt iidem assumptis sociis L. Arndtsio, A. Barkovio, F. Blumio, J. F. L. Goeschenio (ſ. ob. α. a. 4.), G. Haenelio, aliisque. Praefatus est E. Böcking. Fascic. I. Bonn. 1835. 4. Fascic. II. Bonn. 1837. 4.

b. Bearbeitungen der Juſtinianiſchen Rechtsquellen im Orient.

α. Des Theophilus Griechiſche Paraphraſe der Juſtinianiſchen Inſtitutionen.

1. Neueſte Ausg.: Gul. Otto Reitz, *Θεοφίλου Ἀντικήνσωρος τὰ εὑρισκόμενα.* Theophili Antecessoris Paraphrasis Graeca Institutionum Caesarearum. Hag. Com. 1751. 2 Bde. 4.

2. Deutſche Ueberſetzung von Karl Wüſtemann. Berl. 1823. 2 Bde. 8.

Digitized by Google

β. Des Julianus Lateinischer Auszug aus Justinians Novellen.

Besonders empfehlenswerth ist die Ausgabe von Franc. Pithoeus: Imp. Justiniani Novellae constitutiones per Julianum Antecessorem Constantinopolit. de graeco translatae. Ex Bibliotheca Pet. Pithoei. Basil. 1576. f. — Mit einigen Veränderungen neu abgedruckt in: Pet. et Franc. Pithoei Observationes ad Codicem..... Paris. 1689. f. Pag. 403. seq.

γ. Die Basiliken.

1. *Βασιλικῶν* Libri LX in VII Tomos divisi. Car. Annib. Fabrotus latine vertit et graece edidit. Paris. 1647. f.

2. Gul. Otto Reitz, Basilicorum Libri quatuor, IL: L: LI: LII. Nunc primum integre editi. Im 5ten Bde von Meermani Thesaurus (s. §. 14. β. a. 3.); auch besonders unter dem Titel: Operis Basilici Fabrotiani Supplementum. Lugd. Batav. 1765. f.

3. Car. Witte, Basilicorum Titulus de diversis regulis juris antiqui nunc demum integer. Vratisl. 1826. 4.

4. Christ. Gottl. Haubold, Manuale Basilicorum. Lips. 1819. 4.

5. Basilicorum Libri LX. Post Annibalis Fabroti curas, ope Codd. Mss., a Gust. Ernest. Heimbachio, aliisque collatorum, integriores cum scholiis edidit, editos denuo recensuit, deperditos restituit, translationem Latinam et adnotationem criticam adjecit D. Carol. Guilielm. Ernest. Heimbach, antecessor Jenensis. Lips. 1833. 4. Tom. I. enthaltend Lib. I-XII.

c. Werke über die Sprache der Quellen.

1. Barn. Brissonii de Verborum, quae ad jus civile pertinent, Significatione Opus. Lugd. 1559. f. — Neueste Ausg.: Opera studioque Jo. Gottl. Heineccii (der indessen die Vollendung des Druckes nicht erlebt hat). Praemissa praefatione Just. Henn. Boehmeri. Hal. 1743. f.

2. Jo. Wunderlich, Additamentorum ad B. Brissonii Opus de V. S. Volumen. Hamb. 1778. f.

Digitized by Google

3. A. G. Cramer, Supplementi ad B. Brissonii Opus de V. S. Specimen I. Kil. 1813. 4.

4. H. Ed. Dirksen Manuale Latinitatis fontium Juris civilis Romanorum. Berol. 1837. Fascicul. I. II.

D. Litteratur der neueren Bearbeitungen des Justinianischen Rechtes. (§. §. 12-14.)

§. 12.

a. Exegetische Bearbeitungen.

Ueber das Ganze der Justinianischen Rechtsquellen verbreiten sich die Glosse und die Noten des Dion. Gothofredus.

Die vorzüglichsten Schriften, welche auf die Erläuterung einzelner größerer Abschnitte, oder auch einzelner Stellen abzwecken, führen an:

Heise in seinem Grundriß (s. §. 9. a. β. 3.) §. §. 12-17.;

Haubold in seiner Doctrina Pandectarum (s. §. 9. a. β. 4.) §. 8.

Viele Erläuterungen einzelner Stellen finden sich jedoch in Schriften, welche die Exegese nicht gerade zunächst und ausschließlich zum Gegenstande haben.

Zur Auffindung der in verschiedenen Schriften enthaltenen Erörterungen über einzelne Stellen der Institutionen und der Pandekten dient:

Car. Ferd. Hommelii Corpus juris civilis cum notis variorum. Lips. 1768. 8.

Auch gehören hierher:

Ant. Schultingii Notae ad Digesta, lange nach Schultings Tode, aus dessen litterarischem Nachlasse herausgegeben und mit eignen Anmerkungen vermehrt von Nic. Smallenburg. Lugd. Batav. 1804. folg. 8. 6ter Bd. 1828.

§. 13.

b. Ausführlichere dogmatische Werke über das Ganze des Justinianischen Privatrechtes.

a. Nach der Titelfolge der Justinianischen Institutionen.

1. Ulr. Huberi († 1694) Praelectiones ad Institutiones

Digitized by Google

Justinianeas. Franeq. 1678. 4. und öfter, namentlich in Verbindung mit des Verfassers Vorlesungen nach Ordnung der Pandekten, als 1ter Thl. von: Ulr. Huberi Praelectionum juris civilis Tomi III. Unter diesem Collectivtitel erschienen beiderlei Vorlesungen zuerst, mit Zusätzen von Christ. Thomasius und Lüd. Mencken, Lips. 1707. 4.; zuletzt, mit Anmerkungen von Jo. Le Plat, Neap. 1784. 4.

2. Ludw. Jul. Friedr. Höpfner († 1797), Theoretisch-praktischer Commentar über die Heineccischen Institutionen (nämlich über Jo. Gottl. Heineccii Elementa juris civilis secundum ordinem Institutionum). Frankf. 1783. 4. — 7te Aufl. mit Anmerkungen von Adph. Dietr. Weber. Ebendas. 1803. 4. — 8te Aufl. Ebendas. 1818. 4. Ein zweiter unveränderter Abdruck dieser Ausgabe erschien ebendaselbst. 1833. 4.

β. Nach der Titelfolge der Justinianischen Pandekten.

a. Mittelst eigenthümlicher Zusammenstellung der einzelnen Excerpte, welche den Text der Pandekten ausmachen.

Rob. Jos. Pothier († 1772), Pandectae Justinianeae in novum ordinem digestae cum legibus Codicis et Novellis, quae jus Pandectarum confirmant, explicant aut abrogant. Paris. 1748-52. 3 Bde. f. — Von den beiden neuesten Ausgaben, ebendas. 1818. folg., besteht die eine aus 3 Bden. f., die andere aus 5 Bden. 4.

b. Ohne den Text der Pandekten.

1. Just. Meieri († 1622) Collegium Argentoratense. Argentor. 1616. 17. 2 Bde. 4. — Mit Anmerkungen von Jo. Otto Tabor herausgegeben von Jo. Bechtold. Tubing. 1657. 3 Bde. 4.

2. Ge. Adam. Struvii († 1692) Syntagma juris civilis. Jen. 1659. 4. und öfter, insbesondere seit 1692 mit Zusätzen von Pet. Müller. — Neueste Ausg.: Ge. Adam. Struvii Syntagma jurisprudentiae secundum ordinem Pandectarum. Cum additionibus Pet. Mülleri. Francof. et Lips. 1738. 3 Bde. 4.

Digitized by Google

3. Ulr. Huberi Praelectiones juris Romani et hodierni ad Pandectas. Franeq. 1689. 90. 2 Bde. 4. und öfter, als 2ter und 3ter Thl der Praelectiones juris civilis. (S. α. 1.)

4. Wolfg. Adam. Lauterbachii († 1678) Collegium theoretico-practicum. Studio filii Ulr. Thom. Lauterbachii. Tubing. 1690-1711. 3 Bde. 4. — Neueste Ausg. Ibid. 1784. 4. — Ein Index rerum et verborum ist besonders erschienen.

5. Jo. Voetii († 1713) Commentarius ad Pandectas. Tom. I. Lugd. Batav. 1698. f. Tom. II. Hag. Com. 1704. f. — Neueste Ausg. Hal. 1776-80. 6 Bde. 8.

6. Just. Henn. Boehmeri († 1749) Introductio in jus Digestorum. Hal. 1704. 8. — Neueste Ausg. Ibid. 1791. 2 Bde. 8.

7. Jo. Aug. Hellfeld († 1782), Jurisprudentia forensis secundum Pandectarum ordinem proposita. Jen. 1764. 8. — Neueste Ausg. cura Gottl. Eusеb. Oeltze. Ibid. 1806. 8.

8. Christ. Friedr. (v.) Glück, Ausführliche Erläuterung der Pandekten nach Hellfeld. Erlang. 1790. folg. 8. — 34ter Thl. 1832. Nach Glücks Tode fortgesetzt von C. F. Mühlenbruch, (bis jetzt) 34-39ter Thl. 1832. 1837. — Von den ersten 3 Thlen ist 1797-1807 eine 2te Ausg. erschienen. Zur Berichtigung und Ergänzung des ersten Theils dient des Verfassers Einleitung in das Studium des Römischen Privatrechts. Erlang. 1812. 8. — Vollständiges Sach- und Gesetz-Register zu Glücks Commentar über die Pandekten vom 1ten bis 19ten Theil. Erlang. 1822. 23. 2 Bde. 8. 1832. Bd. 3., welcher das Register vom 20ten bis S. 75. des 35ten Theils enthält.

γ. Nach eigner Ordnung.

1. Hug. Donelli († 1591) Commentariorum juris civilis Libri XXVIII. Erste vollständige Ausgabe, besorgt von Scip. Gentilis, Francof. 1595-97. 5 Bde. f. — Neueste Ausg. von Jo. Chph. Koenig und Car. Bucher. Norimb. 1801. folg. 8. - 16ter Bd. 1834.

2. Jo. Henr. de Berger († 1732), Oeconomia juris ad usum hodiernum accommodati. Lips. 1712. 4. — Neueste vollständige Ausg., studio Car. Gfr. Winckleri, ibid. 1771.

Digitized by Google

4. — Von Haubolds Ausgabe ist nur der 1te Bd erschienen. Ibid. 1801. 4.

3. Car. Chph. Hofacker († 1793), Principia juris civilis Romano-Germanici. Nach Hofackers Tode (bei dessen Leben war nur der 1te Bd und die 1te Hälfte des 2ten erschienen), mit Hülfe von Bolley und Zahn, fortgesetzt durch Christ. Gmelin. Tubing. 1788-98. 3 Bde. 8. — 2te Aufl. Ibid. 1801-1803. 8. — Ein Index rerum et verborum (von G. P. Faulhaber) ist ebendas. 1801 erschienen.

4. Ant. Friedr. Just. Thibaut, System des Pandektenrechts. Jen. 1803. 2 Bde. 8. — Die folgenden Ausgaben bis zur 6ten bestehen jede aus 3 Bden 8. — Die 7te Ausg. Jen. 1828, aus welcher die Lehre vom Prozeß weggelassen ist, hat wieder nur 2 Bde 8. - Eine 8te Ausgabe erschien 1834. 2 Bde. 8. mit veränderter Ordnung. (Zur 7ten Ausgabe erschien 1831. Stuttgart. Braun, Erörterungen über die bestrittensten Materien des Römischen Rechts. Zur 8ten Ausg. ebendas. 1836.: Erörterungen von H. Froben.)

5. Chr. Aug. Guentheri Principia juris Romani privati novissimi. Jen. 1805. 1809. 2 Bde. 8.

6. Gottl. Hufeland († 1817), Lehrbuch des in den deutschen Ländern geltenden gemeinen oder subsidiarischen Civilrechts. Gieß. 1808. 14. 2 Bde. 8. — Zur Erläuterung dieses Lehrbuches dienen des Verfassers Abhandlungen über den eigenthümlichen Geist des Römischen Rechts. Ebendas. 1815-17. 2 Thle. 8.

7. Karl Bucher, Versuch einer systematischen Darstellung des Justinianeischen Privatrechts. Marb. 1808. 8. — 3te Ausg. Erlang. 1822, 8., gleich der 2ten, unter dem Titel: System der Pandekten.

8. Ferd. Mackeldey, Lehrbuch der Institutionen des heutigen Römischen Rechts. Gieß. 1814. 8. — Die folgenden Ausgaben führen den Titel: Lehrbuch des heutigen Römischen Rechts; und sind, von der 4ten an, in 2 Bde getheilt. Die 10te ist erschienen Gieß. 1833. 8.

9. Albr. Schweppe († 1829), Das Römische Privatrecht in seiner Anwendung auf Teutsche Gerichte. Altona. 1814. 3 Bde.

Digitized by Google

kl. 8. — 3te Ausg. ebendaſ. 1822, gleich der 2ten, 1 Bd. gr. 8. — 4te, als Handbuch bearbeitete, auf 5 Bde berechnete Ausg. unter dem Titel: Das Röm. Privatr. in ſeiner heutigen Anwendung. Bd. 1. und 2. Götting. 1828. 8. Nach des Verfaſſers Tode fortgeſetzt v. W. Mejer. 3ter bis 5ter Bd. Götting. 1831. 32. 33.

10. J. N. v. Wening-Ingenheim, Lehrbuch des gemeinen Civilrechts nach Heiſe's Grundriß. Münch. 1822-25. 3 Bde. 8. — 3te Aufl. Ebendaſ. 1827. 28. 2 Bde. 8. — 5te Aufl., beſorgt durch Joh. Ad. Fritz. Bd. 1. und 2. Münch. 1837. (Zur 4ten Aufl. iſt erſchienen: Erläuterungen, Zuſätze und Berichtigungen von Joh. Ad. Fritz. 1ter Band [die Zuſätze zum 1ten Thl. enthaltend.] Freiburg. 1834.)

11. Christ. Frid. Mühlenbruch, Doctrina Pandectarum. Hal. 1823-25. 3 Bde. 8. — 2te Ausg. Ibid. 1827. 8. — 3te Ausg. Ibid. 1830. 31. 8. Eine deutſche Bearbeitung dieſes Buchs, unter dem Titel: Lehrbuch des Pandektenrechts, 3 Bde, erſchien ebendaſ. 1835-37. Davon erſcheint jetzt bereits eine 2te verbeſſerte und vermehrte Auflage. (bis jetzt Bd. I. 1837. und der Anfang von Bd. 3.)

12. Joh. Adam Seuffert, Lehrbuch des praktiſchen Pandektenrechts. Würzb. 1825. 3 Bde. 8.

13. L. A. Warnkoenig, Commentarii juris Romani privati. Leodii. Tom. I. 1825. Tom. II. Pars 1. 1828. Tomi II. Pars 2. 1829. 8.

14. Carl. Jul. Meno Valett, Ausführliches Lehrbuch des praktiſchen Pandekten-Rechtes. Leipz. 1828. 29. 3 Bde. 8.

15. G. F. Puchta, Lehrbuch des Pandekten-Rechts. Leipz. 1838. 8.

§. 14.

c. Vermiſchte Schriften.

α. Sammlungen, welche auf beſtimmte Schriftſteller beſchränkt ſind.

a. Sammlungen ſämmtlicher Werke.

1. Franc. Duareni († 1559) Opera omnia. Neueſte Ausg. Luc. 1765. 4 Bde. f.

Digitized by Google

2. Jac. Cujacii († 1590) Opera omnia.

Neuere Ausgaben: Ausg. von Annib. Fabrotus, die Grundlage aller spätern, Lutet. Paris. 1658. 10 Bde. f. — Erste Neapolitanische Ausgabe von Libor. Ranius. 1722-27. 11 Bde. f. Den 11ten Bd füllt ein alphabetischer Index von Leonard. de Turris. — Zweite Neapolitanische Ausg. veranstaltet unter der Aufsicht des Dominicus Albanensis. 1757. (1758?) 11 Bde. f. — Jüngste Ausg. Venet. et Mutin. 1758. folg. 11 Bde. f.

Eine vollständige Nachweisung der Cujacischen Erläuterungen über einzelne Stellen der Justinianischen und anderer Rechtsquellen enthält das Promptuarium universorum Operum Jac. Cujacii von Dominicus Albanensis. Die Originalausgabe, Neap. 1763, 2 Bde. f., ist indessen nur für die beiden Neapolitanischen Ausgaben der Opera, und ein späterer zu Modena 1795 besorgter Abdruck ist wieder nur für die Venetianisch-Modenesische Ausgabe zu gebrauchen.

3. Hug. Donelli († 1591) Opera omnia. Luc. 1762-70. 12 Bde. f.

4. Ger. Noodtii († 1725) Opera omnia. Neueste Ausg. Lugd. Batav. 1767. 2 Bde. f.

b. Sammlungen einzelner Abhandlungen.

1. Ant. Fabri († 1624) de Erroribus pragmaticorum et interpretum juris Chilias. Pars I. et II. Lugd. 1598. 1604. Pars III. Colon. Allobr. 1609. Pars IV. Lugd. 1615. 4. — Neueste Ausg. Ibid. 1658. 2 Bde. f.

2. Arn. Vinnii († 1657) selectarum juris Quaestionum Libri II. Lugd. Batav. 1653. 8. — Neueste Ausg. Francof. 1733. 4.

3. Ant. Schultingii († 1734) Commentationes academicae. (Aus den Jahr. 1683. folg. Herausgegeben von Jo. Ludov. Uhlius.) Hal. 1770-74. 4 Bde. 8.

4. Just. Henn. Boehmeri († 1749) Exercitationes ad Pandectas. (Aus den Jahr. 1699. folg.) Cura Ge. Ludov. Boehmeri. Hannov. et Gotting. 1745-64. 6 Bde. 4.

Digitized by Google

5. Aug. a Leyser († 1752) Meditationes ad Pandectas. (Aus den Jahr. 1713. folg.) Voll. I-VIII. Edit. 2da. Lips. et Guelpherb. 1733-39. 4. - Voll. IX. X. Ibid. 1740. 47. 4. - Vol. XI. Ed. Gottl. Aug. Jenichen. Ibid. 1748. 4. (Dieser Bd enthält die Specimina DCLXXVI-DCLXXXIV. nebst einigen andern von Leyser herrührenden Supplementen; desgleichen Indices über das ganze Werk von dem Herausgeber, und Observationes selectae von demselben.) — Voll. I-XI. Lips. Brunsv. et Guelpherb. 1772. folg. 4. — Vol. XII. Ed. Ludov. Jul. Frid. Hoepfner. Giss. 1774-76. 4. (Ein aus 2 Part. bestehender Supplementband.) — Vol. XIII. Ibid. 1780. 4. (Ein anderweitiger Supplementband.) — Der aus 12 Octavbänden bestehende Nachdruck, Hal. 1772-75., enthält die ersten 10 Bde der Quartausgaben, die im 11ten Bde derselben befindlichen Indices, und die 1te Pars des 12ten Bandes. Jenichens Observationes sind besonders nachgedruckt. Hal. 1774. 8.

Jo. Ern. Just. Mueller, Observationes practicae ad Leyseri Meditationum Opus. Lips. 1786-93. 6 Bde. 8.

6. Ge. Ludov. Bochmeri († 1797) Electa juris civilis. (Aus den Jahr. 1736. folg.) Gotting. 1767-78. 3 Bde. 4.

7. Adph. Dietr. Weber († 1817), Versuche über das Civilrecht und dessen Anwendung. Schwer. u. Wism. 1801. 8. (Mehreres war früher schon in den Jahren 1782-84 im Druck erschienen.)

8. Christ. Gottl. Haubold († 1824), Opuscula academica. (Aus den Jahr. 1784. folg.) Herausgegeben von Car. Frid. Christ. Wenck u. Frid. Car. Gust. Stieber. Lips. 1825. 29. 2 Bde. 8.

9. Ant. Friedr. Just. Thibaut, Versuche über einzelne Theile der Theorie des Rechts. Jen. 1798. 1801. 2 Bde. 8. — 2te Ausg. Ebendas. 1817. 8. — Desselben Civilistische Abhandlungen. Heidelb. 1814. 8.

10. Ed. Schrader, Abhandlungen aus dem Civilrechte. 1tes Bdchen. Hannov. 1808. 8. — Desselben Civilistische Abhandlungen. Weim. 1816. 8.

Digitized by Google

11. F. C. Gesserding, Alte und neue Irrthümer der Rechtsgelehrten. Greifsw. 1818. 8. — Desselben Ausbeute von Nachforschungen über verschiedene Rechtsmaterien. Greifsw. 1826-36. 4 Thle. und 5ten Thls 1te Abthl. 8.

12. Leop. Jos. Neustetel und Sigm. Zimmern († 1830), Römischrechtliche Untersuchungen. 1ter Bd. Heidelb. 1821. 8.

13. Wilh. Francke, Civilistische Abhandlungen. Götting. 1826. 8. — Desselben Beiträge zur Erläuterung einzelner Rechtsmaterien. 1te Abthl. Ebendas. 1828. 8.

Von vorherrschend praktischer Tendenz sind:

14. Frid. Es. (a) Pufendorf († 1785), Observationes juris universi, quibus praecipue res judicatae Summi Tribunalis Reg. et Elector. continentur. Cell. 1744-70. 4 Bde. 4. — 3te Ausg. Hannov. 1780-84. 4.

15. Dav. Ge. Strube († 1775), Rechtliche Bedenken. Hannov. 1760-77. 5 Bde. 4. — Neueste Ausg.: Systematisch geordnet, ergänzt, berichtigt von Ernst Spangenberg. Hannov. 1827. 28. 3 Bde. 4.

16. Car. Ferd. Hommel († 1781), Rhapsodia Quaestionum in foro obvenientium neque tamen legibus decisarum. Lips. 1765. 66. 4. — Neueste Ausg. Byruth. 1782-87. 7 Bde. 4.

17. Jo. Adam. Gottl. Kind, Quaestiones forenses observationibus ac decisionibus Sax. Supremi Provocationum Tribunalis collustratae. Lips. 1792-1802. 4 Bde. 8. — 2te Ausg. 1807. 8.

18. Praktische Erörterungen aus allen Theilen der Rechtsgelehrsamkeit, hin und wieder mit Urtheilssprüchen des Cellischen Tribunals und der übrigen Justizhöfe bestärkt. Hannov. 1798-1829. 8 Bde. 4.: Bd 1-4. von Friedr. v. Bülow († 1827) und Theod. Hagemann; Bd 5-7. von Theod. Hagemann († 1827); Bd 8. in 2 Abtheilungen, zum Theil aus Hagemanns Nachlaß, von Ernst Spangenberg. Bd 9. ganz von Spangenberg. 1831.

19. Selecta Disceptationum forensium Capita. Scripsit ac decisiones Sax. Supremi Provocationum Tribunalis addi-

Digitized by Google

dit Car. Aug. Gottschalk. Dresd. 1816-23. 3 Bde. 8. — 2te Ausg. Ibid. 1826-30. 8.

β. Sammlungen von Schriften verschiedener Verfasser.

a. Sammlungen älterer Schriften.

1. Thesaurus juris Romani. Cum Praefatione Ever. Ottonis. Lugd. Batav. 1725-29. 4 Bde. f. — Vermehrte und verbesserte Ausg. Traj. ad Rhen. 1733-35. 5 Bde. f.

2. Jurisprudentia Romana et Attica. (Herausgegeben von Jo. v. der Linden.) Tom. I. et II. (Römisches Recht) cum Praefatione Jo. Gottl. Heineccii; Tom. III. (Attisches Recht) cum Praefat. Pet. Wesselingii. Lugd. Batav. 1738-41. f.

3. Novus Thesaurus juris civilis et canonici. Ex collectione et museo Ger. Meerman. Hag. Com. 7 Bde. f. — Supplementum Novi Thesauri jur. civ. et can. Ed. Jo. L. B. de Meerman. Ibid. 1780. f.

4. Thesaurus dissertationum juridicarum selectissimarum in Academiis Belgicis habitarum. Curante Gerh. Oelrichs. Lips. 1769. 70. 4. 2 Vol., deren jedes in 3 Tom. zerfällt. — Thesaurus novus dissertat. jurid. selectiss. in Acad. Belg. habit. Cur. Eodem. Brem. 1771-82. 3 Vol., deren jedes 2 Tom. enthält.

b. Zeitschriften.

1. Hugo, Civilistisches Magazin. Berl. 1791. folg. 8. — Bd. 5. 1825. Der 6te und letzte Bd. ist 1837 vollendet. — Die ersten Bde sind mehrmals neu aufgelegt.

2. K. Grolman, Magazin für die Philosophie und Geschichte des Rechts und der Gesetzgebung. Gieß. u. Darmst. 1800-1807. 8. Bd. 1. u. 2. — Fortgesetzt von K. v. Grolman und Cg. v. Löhr unter dem doppelten Titel: Magazin für Rechtswissenschaft und Gesetzgebung; und: Neues Magaz. f. Rechtswissensch. u. Gesetzgeb. Gieß. 1810. folg. In dieser Fortsetzung sind bis 1825 erschienen Bd. 3. (des neuen Magazins Bd. 1.) u. Bd. 4. (d. neuen Magaz. Bd. 2.) Heft 1-3.

Digitized by Google

3. Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft, herausgegeben von F. C. v. Savigny, C. F. Eichhorn und J. F. L. Göschen. Berl. 1815. folg. 8. — Bd. 8. 1833. Bd. 9. Heft 1. 1836. (Seit Bd. 8. Heft 2. ist an Göschens Stelle Klenze als Herausgeber eingetreten.)

4. Archiv für die civilistische Praxis. Herausgegeben Anfangs von J. C. Gensler, C. J. A. Mittermaier und C. W. Schweitzer; später (seit dem 5ten Bde) von C. v. Löhr, C. J. A. Mittermaier und A. Thibaut. Heidelb. 1818. folg. 8. – Bd. 12. 1829. Bd. 13. Seit dem 14ten Bde, Heidelb. 1831, sind Linde, Mühlenbruch und Wächter, seit dem 16ten Bde, Heidelb. 1833, Franke als Herausgeber beigetreten. Jetzt Bd. 20. Heft 1. u. 2. Heidelb. 1837. — Die ersten Bde sind bereits neu aufgelegt.

5. Rheinisches Museum für Jurisprudenz. Bonn. 1827. folg. 8. Der 1te Jahrg. bildete nur eine Abtheilung des Rhein. Museums f. Jurisprudenz, Philologie, Geschichte und griechische Philosophie, herausgegeben von J. C. Hasse, A. Böckh, B. G. Niebuhr und C. A. Brandis. Seitdem macht aber das Rhein. Mus. für Jurisprudenz eine abgesonderte Zeitschrift aus unter der Redaction von F. Blume, J. C. Hasse, G. F. Puchta und Ed. Puggé. – Jahrg. 2. 1828. Jahrg. 3. 1829. 4ter Bd. Götting. 1833. von Blume, Böcking, Hollweg, Puchta, Puggé und Unterholzner. Seit 1833. Götting. Bd. 5. u. 6. Bd. 7. Heft 1. u. 2. 1834. u. 35. (auch unter dem Titel: Neues Rheinisches Museum für Jurisprudenz. Bd. 1. 2. und 3ten Bdes Heft 1. 2.)

6. Zeitschrift für Civilrecht und Proceß. Herausgegeben von J. T. B. Linde, Th. G. L. Marezoll und J. N. v. Wening-Ingenheim. Gieß. 1828. folg. 8. – Bd. 4. 1831. Seit Bd. 5. 1832. herausgegeben von Linde, Marezoll und A. W. v. Schröter. Jetzt Bd. 10. Bd. 11. Heft 1. 1837.

Digitized by Google

Erstes Buch.

Allgemeine Lehren.

Erstes Kapitel.

Von den Quellen des Rechtes.

§. 15.

I. Natürliches und positives Recht.

Es gibt Rechtsgrundsätze, welche aus der allgemeinen sittlichen Natur des Menschen und der menschlichen Gesellschaft hervorgehen, Grundsätze, welche eben deshalb den Charakter innerer Allgemeingültigkeit an sich tragen. Hieraus folgt jedoch noch keineswegs, daß wir zu der Erwartung berechtigt wären, diese Grundsätze in der That überall und zu allen Zeiten anerkannt zu sehen. Denn obschon die Grundsätze selbst mit dem Begriffe der menschlichen Natur nothwendig gegeben sind, so unterliegt doch das lebendige Bewußtsein derselben nicht einer gleichen Nothwendigkeit. Es kann daher wohl geschehen, daß sie verkannt werden. Der Inbegriff dieser Grundsätze nun ist es, welchen wir heutiges Tages mit dem Ausdruck Naturrecht oder natürliches Recht bezeichnen.

Dem natürlichen Rechte setzen wir das positive Recht entgegen. Bei diesem denken wir jederzeit an Aeußerungen mensch-

Digitized by Google

licher Willkür; aber die Beziehung, in der wir dies thun, ist verschieden, je nachdem wir den Begriff des positiven Rechts entweder von der materiellen oder von der formellen Seite auffassen. Fassen wir ihn auf von der materiellen Seite, so sind die Grundsätze des natürlichen Rechts gänzlich ausgeschlossen, und es gehört in das Gebiet des positiven Rechts nur dasjenige, was lediglich und allein in Aeußerungen menschlicher Willkür seinen Grund hat. Diese Willkür kann möglicher Weise in einer bloßen Laune beruhen; aber eben so wohl kann sie auf eine vernünftige Weise bestimmt sein. So können namentlich die Eigenthümlichkeiten in dem Charakter und in den äußeren Verhältnissen eines Volkes ganz besondere Rechtsbestimmungen veranlassen, welche sich zwar aus der allgemeinen Natur des Menschen nicht ableiten lassen, welche aber dennoch eines zureichenden Grundes keineswegs ermangeln, indem dieser Grund eben in jenen Eigenthümlichkeiten zu suchen ist. — In formeller Beziehung dagegen umfaßt der Begriff des positiven Rechts alle und jede Rechtsgrundsätze, deren äußerliche Wirksamkeit auf menschlicher Anordnung beruhet, und dann gehören in das Gebiet des positiven Rechts auch die Grundsätze des natürlichen Rechts, inwieweit ihre Geltung anerkannt und durch menschliche Anordnungen gesichert ist. Für uns ist nur dieser formelle Begriff des positiven Rechts von Interesse. Wir fragen lediglich danach, was nach menschlicher Anordnung als Recht gilt, unbekümmert darum, ob es sich zugleich als Resultat des natürlichen Rechts darstellt, oder nicht.

II. Arten des positiven Rechtes. (§. §. 16–27.)

§. 16.

A. Ueber die verschiedenen Arten desselben im Allgemeinen.

† INST. I, 2. De jure naturali, gentium et civili. — † DIG. I, 1. De justitia et jure.

Der Umfang, in welchem positive Rechtsbestimmungen zur Anwendung kommen, bestimmt sich theils nach ganzen Völkern, theils nach einzelnen Districten eines und desselben

Digitized by Google

ben Gebietes, theils nach einzelnen Individuen oder einzelnen Fällen. Auf diese drei verschiedenen Gesichtspunkte beziehen sich eben so viele Eintheilungen des positiven Rechts.

Die erste dieser ist die in den Römischen Rechtsquellen so oft vorkommende Eintheilung in **Jus civile** und **Jus gentium s. naturale.** Unter **jus civile** verstehen die Römer das Recht eines einzelnen Volkes; unter **jus gentium** aber den Inbegriff derjenigen Rechtsgrundsätze, welche ihrer Ansicht und Kenntniß nach von allen oder doch von den meisten gebildeten Völkern anerkannt werden. Uebrigens gebrauchen sie den Ausdruck **jus civile** bald in Beziehung auf das gesammte Recht eines bestimmten Volkes, bald bloß in Beziehung auf die einem gewissen Volke ganz eigenthümlichen Rechtsgrundsätze. **Per excellentiam** bedienen sie sich dieses Ausdrucks, um das Römische Recht zu bezeichnen [1]).

Ich habe vorhin den Ausdruck **jus naturale** als synonym mit **jus gentium** bezeichnet. Und das ist denn auch dem herrschenden Sprachgebrauch der Quellen gemäß [2]). Indessen muß ich dabei doch Folgendes bemerken:

1. Bisweilen kommt der Ausdruck **jus naturale** in einer Bedeutung vor, welcher dem Deutschen Ausdrucke „Naturrecht" entspricht [3]).

2. In einem ganz eigenthümlichen Sinne gebraucht Ulpian [4]) den Ausdruck **jus naturale**, indem er zwischen **jus civile**, **jus**

1) L. 9. D. h. t. »Omnes populi, qui moribus et legibus reguntur, partim suo proprio, partim communi omnium hominum jure utuntur. Nam quod quisque populus ipse sibi jus constituit, id ipsius proprium civitatis est, vocaturque jus civile, quasi jus proprium ipsius civitatis. Quod vero naturalis ratio inter omnes homines constituit, id apud omnes peraeque custoditur, vocaturque jus gentium, quasi quo jure omnes gentes utuntur.« — §. §. 1. 2. I. h. t.

2) §. 11. I. d. rer. div. II, 1. »— — jure naturali, quod, sicut diximus, appellatur jus gentium — —«.

3) L. 64. D. d. cond. indeb. XII, 6. cfr. §. 2. I. h. t. Vgl. §. 15.

4) (Ulpianus) L. 1. §. 3. D. h. t. »Jus naturale est, quod natura omnia animalia docuit: nam jus istud non humani generis proprium, sed omnium animalium, quae in terra, quae in mari nascuntur, avium quoque commune est. Hinc descendit maris atque feminae conjunctio, quam nos matrimonium appellamus; hinc liberorum procreatio, hinc educatio: videmus etenim cetera quoque animalia, feras etiam istius juris peritia censeri.« pr. I. h. t.

Digitized by Google

gentium und **jus naturale** folgender Maßen unterscheidet: den Begriff des **jus civile** und **jus gentium** bezeichnet er auf dieselbe Weise, wie ich früher angegeben habe. Ueber den Begriff des **jus naturale** aber erklärt er sich so: dieses Recht sei den Thieren mit den Menschen gemein: aus ihm schreibe die Verbindung der Geschlechter sich her, desgleichen die Erzeugung und Erziehung der Nachkommenschaft. Es scheint, Ulpian selbst hat sich die Sache nicht recht klar gemacht. Soll aber dasjenige, was er von dem **jus naturale** sagt, nicht widersinnig sein, so müssen wir uns folgende Vorstellung davon machen: rechtliche Bestimmungen haben jederzeit eine Beziehung auf factische Verhältnisse, welche dabei vorausgesetzt werden. Unter diesen factischen Verhältnissen aber sind manche in der thierischen Natur des Menschen gegründet, sie sind ihm also mit den Thieren gemein. Und so mag man nun das Recht, inwieweit es sich auf factische Verhältnisse dieser Art bezieht, in einem eigenthümlichen Sinne **jus naturale** nennen. Sobald man aber nicht die factischen Verhältnisse in's Auge faßt, welche den Gegenstand des Rechts ausmachen, sondern die rechtlichen Ansichten selbst, welche auf jene Verhältnisse angewandt werden sollen, so kann von einer Gemeinschaft zwischen Menschen und Thieren nicht die Rede sein.

Die zweite Eintheilung ist die bei den Neueren übliche Eintheilung in **Jus commune** und **Jus particulare**. Unter jenem versteht man das in dem ganzen Umfange eines Staates geltende Recht; unter diesem dasjenige, welches nur in einzelnen Theilen gilt. Hierauf gründet sich der im §. 1. erörterte Begriff des gemeinen Rechts in Deutschland.

Die dritte Eintheilung ist die in **Jus generale** und **Jus singulare** [5]). Es gibt nämlich Rechtsvorschriften, welche eine allgemeine Regel aufstellen. Rechtsvorschriften dieser Art hat man im Sinne, wenn man von einem **jus generale** spricht.

5) Hierauf beziehen sich L. 38. §. 1. D. d. testam. mil. XXIX, 1. und L. 16. D. d. legib. I, 3., wobei ich jedoch bemerken muß, daß der Ausdruck jus generale in den Quellen nicht vorkommt: vielmehr wird für das, was wir jus generale nennen, in den Quellen der Ausdruck jus commune gebraucht: siehe L. 29. cit. »utrum jure militari, an communi jure testatus esset.«

Digitized by Google

Nun aber gibt es auch Rechtsvorschriften, welche eine Ausnahme von der Regel begründen, entweder in Beziehung auf eine Mehrzahl von Personen, von Fällen, oder in Beziehung auf ein einzelnes Individuum, auf einen einzelnen individuellen Fall. Auf Rechtsvorschriften dieser Art geht der Ausdruck **jus singulare**. Auch bezieht sich darauf der Ausdruck **privilegium**. In der weitesten Bedeutung versteht man darunter jede Rechtsbestimmung, die eine Ausnahme von der Regel enthält: daher der Unterschied, den man zu machen pflegt zwischen **privilegia favorabilia** und **privilegia odiosa**, je nachdem die Ausnahme von der Regel demjenigen, in Ansehung dessen sie Statt findet, entweder zum Vortheil gereicht oder zum Nachtheil. In den Pandekten ist der herrschende Sprachgebrauch der, daß der Ausdruck **privilegium** für jede Ausnahme von der Regel gebraucht wird, welche eine Begünstigung enthält: **privilegium** wird also da in einer beschränkteren Bedeutung genommen, als die zuerst angegebene ist.

Gehen wir nun von diesem zuletzt bezeichneten Begriffe aus, so können wir nach dem Vorgange der meisten neueren Schriftsteller folgender Maßen weiter unterscheiden: die Privilegien sind entweder Dispensationen, oder Privilegien im eigentlichen Verstande, oder **jura singularia** im engeren Sinne. Die Bedeutung der eben gebrauchten Ausdrücke ist dann folgende:

Unter einer Dispensation im weiteren Sinne versteht man jede Ausnahme zu Gunsten einer einzelnen Person in einem einzelnen Falle. Dahin gehört zuerst dasjenige, was man Dispensation im eigentlichen Sinne zu nennen pflegt, d. h. die einem Einzelnen ertheilte Erlaubniß, eine gesetzlich vorgeschriebene Handlung in einem einzelnen Falle zu unterlassen, oder eine verbotene Handlung vorzunehmen, z. B. Trauung ohne Aufgebot, Ehe mit einer Person, mit welcher die Ehe verboten ist. — Zweitens gehört unter den Begriff der Dispensation im weiteren Sinne die Abolition, d. h. die Niederschlagung eines Criminalprocesses noch vor gesprochenem Urtheil. — Endlich gehört eben dahin die Begnadigung.

Digitized by Google

Was den Begriff eines Privilegs im eigentlichen Verstande betrifft, so denkt man sich darunter eine Ausnahm von der Regel des gemeinen Rechts zu Gunsten einer einzelnen Person, aber nicht beschränkt auf einen einzelnen Fall, sondern geltend für alle, oder doch für mehre Fälle gleicher Art: dahin gehört z. B. in solchen Ländern, in welchen die Jagd als ein Regal betrachtet wird, die Verleihung der Jagdgerechtigkeit an irgend einen Einzelnen.

Es bleibt jetzt noch übrig, zu sprechen von demjenigen, was man jura singularia im engern Sinne nennt. Dahin gehört jede Begünstigung, die einer ganzen Classe von Personen zu Gute kommt, oder auch wohl überhaupt Jedem, der sich in einem gewissen Falle befindet. Von dieser Art sind z. B. die gesetzlichen Vorrechte der Minderjährigen, desgleichen das sogenannte beneficium competentiae u. s. w. Man bezeichnet diese jura singularia im engern Sinn auch durch die Ausdrücke: beneficia legis, Rechtswohlthaten.

Die drei bisher erörterten Eintheilungen bezogen sich auf den Umfang des (positiven Rechts. Nun gibt es aber auch Eintheilungen, welche sich auf den Ursprung des positiven Rechts beziehen. Dahin gehört zuerst die bei den Römern übliche Unterscheidung desjenigen, was in ihrem Rechte aus den Edicten der Magistrate sich herschreibt, von demjenigen, was andern Ursprungs ist. Jenes bezeichnen sie bekanntlich unter dem Ausdrucke jus honorarium; für dieses brauchen sie den Ausdruck jus civile, welches hier eine engere Bedeutung hat, als da, wo es den Gegensatz gegen das jus gentium bezeichnet [6]). — Eine zweite hieher gehörige Eintheilung und zwar eine ganz besonders wichtige ist die, welche die Neueren im Lateinischen durch die Ausdrücke Jus scriptum und Jus non scriptum zu bezeichnen pflegen. Unter jus scriptum verstehen sie das auf Gesetzen, d. h. das auf ausdrücklichen Erklärungen der gesetzgebenden Gewalt beruhende Recht. Dagegen begreifen sie unter dem Ausdruck jus non scriptum das Gewohnheitsrecht,

6) L. 7. D. h. t. §. 7. I. h. t.

Digitized by Google

d. h. alles geltende Recht, was nicht auf Gesetzen beruhet. — Auch die Römer schon unterschieden zwischen dem **jus scriptum** und dem **jus, quod sine scripto venit**; aber sie verbanden mit diesen Ausdrücken nicht dieselben Begriffe, wie unsere Neueren. Unter dem **jus scriptum** verstanden sie den Inbegriff aller derjenigen Rechtssätze, auf deren Geltung die schriftliche Abfassung von Einfluß war, gesetzt auch, daß diese schriftliche Abfassung nicht gerade von der gesetzgebenden Gewalt ausging [7]). Daher rechneten sie denn z. B. auch die **Edicta Magistratuum** zu dem **jus scriptum**, ungeachtet doch die Magistrate keine gesetzgebende Gewalt besaßen. Unter dem **jus, quod sine scripto venit**, dachten die Römer sich aber dasjenige Recht, welches ohne das **medium** schriftlicher Aufzeichnung geltend geworden war [8]).

Hier nun aber nehmen wir die Ausdrücke **jus scriptum** und **jus non scriptum** in der ihnen von den Neueren beigelegten Bedeutung. Die dadurch bezeichnete Eintheilung ist übrigens von so großer Wichtigkeit, daß sie noch einer weitern Ausführung bedarf, bei welcher zunächst in den §. §. 17 - 22. von dem **jus scriptum**, sodann aber in den §. §. 23 - 27. von dem **jus non scriptum** gehandelt werden soll.

B. Insbesondere.

a. Von dem Jus scriptum. (§. §. 17 - 22.)

§. 17.[1]

α. Von den Gesetzen überhaupt.

† DIG. I, 3. De legibus, senatusque consultis et longa consuetudine. I, 4. De constitutionibus Principum. — † COD. I, 14. De legibus et constitutionibus Principum et edictis. I, 16. De senatusconsultis.

Im weiteren Sinne nennt man Gesetz, jede in einer ausdrücklichen Erklärung der höchsten Gewalt enthaltene rechtliche

7) Vgl. Zimmern, Geschichte des Röm. Privatr. Bd. I. S. 53.

8) L. 6. §. 1. D. h. t. »Hoc igitur jus nostrum constat aut ex scripto, aut sine scripto —.« §. 3. I. h. t. »Scriptum jus est lex, plebiscita, senatusconsulta, principum placita, magistratuum edicta, responsa prudentium.« — §. 9. I. h. t. »Ex non scripto jus venit, quod usus comprobavit.« L. 2. §. §. 5. 12. D. d. O. J. I, 2.

Digitized by Google

Anordnung. Im engeren Sinne aber versteht man unter Gesetzen nur solche Verordnungen, welche unmittelbar darauf abzwecken, entweder für Alle, oder doch wenigstens für eine gewisse Classe von Personen eine Regel aufzustellen. Man nennt diese Gesetze im engeren Sinne auch eigentliche Gesetze. Den Gegensatz bilden solche von der gesetzgebenden Gewalt ausgehende rechtliche Bestimmungen, welche zunächst nur einzelne Individuen betreffen.

In einem rein monarchischen Staate nun besteht die ganze Gesetzgebung in Verfügungen des Fürsten, und insofern ist dieses Ortes die Römische Lehre von den **Constitutiones Principum**, aus welcher hier Folgendes anzuführen ist:

1. **Constitutio Principis** ist jede schriftlich abgefaßte Verfügung des **Princeps**.

2. Diejenigen Constitutionen, welche in die Reihe der eigentlichen Gesetze gehören, werden **Edicta**, auch **Edictales leges** genannt. Für die übrigen gibt es keinen gemeinschaftlichen Namen, wohl aber gibt es eigenthümliche Benennungen für die einzelnen Arten derselben: **Mandata** heißen die Instructionen, welche der **Princeps** einzelnen Beamten ertheilt. — **Rescripta** werden die Verfügungen genannt, welche der **Princeps** auf Anfragen erläßt, die an ihn ergangen, oder auf Bittschriften, die an ihn gerichtet sind. — **Decreta** heißen die Entscheidungen des **Princeps** in einem Rechtsstreite. Dabei wird indessen noch der Unterschied gemacht zwischen **Decretum** im eigentlichen Sinne und **Interlocutio**. Jenes setzt eine vorgängige, förmliche Verhandlung voraus, nicht so die **Interlocutio** [1]).

3. Diejenigen Constitutionen, welche keine **Edicta** sind, gehören begreiflicher Weise nur insofern hieher, als auch sie eine Beziehung gestatten auf den Begriff der gesetzgebenden Gewalt. Bloße, reine Anwendung schon bestehender Rechtsnormen ist nicht dieses Ortes. Und das ist denn besonders bei den Decreten zu

1) §. 6. I. h. t. (1, 2.) L. 1. §. 1. D. d. const. Princip. I, 4. »Quodcunque igitur Imperator per epistolam et subscriptionem statuit, vel cognoscens decrevit, vel de plano interlocutus est, vel edicto praecepit, legem esse constat; hae sunt, quas vulgo constitutiones appellamus.«

Digitized by Google

berücksichtigen: unter den allgemeinen Begriff von Gesetzen lassen sie sich nur insofern subsumiren, als ihnen irgend ein neuer Rechtssatz zum Grunde liegt.

4. In unsern Quellen [2]) werden die Constitutionen überhaupt eingetheilt in **generales** und **personales**. Zu jenen gehören nicht bloß die **Edicta**, sondern auch solche Constitutionen, die zwar zunächst nur bestimmte einzelne Personen und Fälle betreffen, nichtsdestoweniger aber eine allgemeinere Anwendung gestatten, eine Anwendung auch auf andere Personen, auf andere Fälle. Dagegen sind **personales constitutiones** solche, deren Anwendbarkeit nach der Absicht des **Princeps** auf die einzelnen Personen und Fälle, worauf sie sich zunächst beziehen, beschränkt ist. Dahin gehören alle Dispensationen, desgleichen alle Privilegien im eigentlichen Verstande.

So viel von den **Constitutiones Principum** bei den Römern. Es ist jetzt noch etwas zu sagen über den heutigen Gebrauch:

1. Die Ausdrücke **Mandatum** und **Rescriptum** werden heutiges Tages nicht selten anders gebraucht, als bei den Römern. **Mandatum** heißt oft so viel als **Edictum**, indem solche landesherrliche Verordnungen, welche eigentliche Gesetze sind, Mandate genannt werden. Mit dem Ausdrucke **Rescriptum** bezeichnet man gegen den Römischen Sprachgebrauch häufig auch solche Verfügungen, welche der Landesherr aus eigenem Antriebe erläßt ohne vorgängige Anfrage oder Bitte. Ja man beschränkt den Ausdruck nicht einmal auf Verfügungen des Landesherrn, man nennt **Rescripta** auch die schriftlichen Verfügungen, welche obere Behörden an ihre Untergebenen erlassen.

2. Bei den landesherrlichen Rescripten pflegt man zu unterscheiden zwischen **Rescripta gratiae** und **Rescripta justitiae**, Gnadenrescripte, Justizrescripte. Unter Gnadenrescripten versteht

2) L. 1. §. 2. D. t. c. §. 6. I. h. t. »Plane ex his quaedam sunt personales, quae nec ad exemplum trahuntur, quoniam non hoc Princeps vult: nam quod alicui ob merita indulsit, vel si cui poenam irrogavit, vel si cui sine exemplo subvenit, personam non egreditur. Aliae autem, cum generales sunt, omnes procul dubio tenent.«

Digitized by Google

man solche, welche darauf abzwecken, Jemanden in irgend einer Art eine Gunst zu erweisen. Justizrescripte aber sind solche, welche die Interpretation der Gesetze, oder das in einem Processe zu beobachtende Verfahren betreffen, wie z. B. wenn ein Gericht auf erhobene Beschwerde von dem Regenten zur Beschleunigung des Verfahrens angewiesen wird.

3. Bei den Römern war es etwas sehr Gewöhnliches, daß einzelne Rechtsstreitigkeiten zur unmittelbaren Entscheidung des **Princeps** gelangten: daher die vielen **Decreta Principum.** Auch in Deutschland geschah es in früherer Zeit häufig, daß die Kaiser und in den einzelnen Territorien die Landesherrn in Person Recht sprachen. In Folge späterer Reichsgesetze aber ward es Grundsatz, daß die Processe nicht anders, als in förmlichen, mit rechtskundigen Männern gehörig besetzten Gerichten, verhandelt und entschieden werden durften. Und dieser Grundsatz gilt denn auch noch heutigen Tages, wo er sogar in viele der neu errichteten Verfassungsurkunden ausdrücklich als Grundgesetz aufgenommen worden ist.

§. 18.

β. Eigentliche Gesetze.

Rücksichtlich dieser kommen vornämlich drei Punkte in Betracht. Der erste unter diesen ist ihre Bekanntmachung. Ein Gesetz bedarf zu seiner Gültigkeit, daß es als solches gehörig bekannt gemacht werde: es bedarf also der Promulgation oder Publication [1]). Die Form der Bekanntmachung ist heutiges Tages mehrfach: öffentlicher Anschlag, Insertion in die Zeitungen und Intelligenz-Blätter, oder auch in solche Blätter, welche eigens für die Publication der Gesetze bestimmt sind (**Bulletin des lois**, Allgemeine Gesetzsammlung); ferner Verkündigung von der Kanzel. Wie nun aber ein Gesetz vor der Promulgation nicht in Wirksamkeit tritt, so hebt auf der andern

1) Wening, Lehrb. d. gem. Civilrechts. Buch I. §. 2. (Bd. I. p. 46.) unterscheidet zwischen Promulgation u. Publication. Nach dem herrschenden Sprachgebrauche sind aber beide Ausdrücke gleichbedeutend. Beide bezeichnen die Bekanntmachung eines Gesetzes.

Digitized by Google

Seite dieſe Wirkſamkeit mit dem Augenblicke der Promulgation ſofort an [2]), wenn nicht etwa bei Gelegenheit der Promulgation ausdrücklich ein künftiger Zeitpunkt beſtimmt wird. Einige Neuere indeſſen ſind der Meinung, erſt mit Ablauf zweier Monate nach erfolgter Promulgation fange die verbindende Kraft eines Geſetzes an, und zwar berufen ſie ſich auf Nov. 66. c. 1. Dieſe enthält jedoch nur eine beſondere Modification der aufgeſtellten Regel. Nämlich: wird durch ein die Abfaſſung letztwilliger Erklärungen betreffendes Geſetz das bisherige Recht abgeändert, und Jemand teſtirt innerhalb der erſten zwei Monate nach Promulgation des neuen Geſetzes in der Weiſe, wie das bisherige Recht es mit ſich, bringt gegen die Vorſchrift des ihm noch unbekannten neuen Geſetzes, ſo ſoll dieſer Verſtoß der Gültigkeit des letzten Willens keinen Eintrag thun [3]). Auf andere Geſetze findet dies jedoch keine Anwendung. Dieſe treten vielmehr gleich von dem Augenblicke der Bekanntmachung an in volle Wirkſamkeit, und zwar in der Art, daß von da ab der Regel nach Niemand mit der Entſchuldigung gehört wird, das Geſetz nicht gekannt zu haben. Die Geſetze ſoll Jeder, den ſie angehen, kennen [4]). Von dieſem Grundſatze gibt es indeſſen allerdings Ausnahmen: unter gewiſſen Vorausſetzungen wird die Unwiſſenheit im Recht überhaupt entſchuldigt, es ſei nun von neuen oder von alten Geſetzen die Rede. Hievon wird in der Folge (§. 89.) gehandelt werden. Indeſſen auch wo dieſe Vorausſetzungen nicht eintreten, wird doch, wenn von einem neuen Geſetze die Rede iſt, nicht abſolut behauptet werden können, daß die Entſchuldigung, das Geſetz noch nicht gekannt zu haben, ſchlechterdings unſtatthaft ſei. Die Anwendung des Geſetzes ſetzt doch immer die Möglichkeit voraus, daß derjenige, der ſeine Handlungen danach einzurichten hatte, damit bekannt war. Es iſt aber klar, daß ungeachtet der erfolgten öffentlichen Bekanntmachung beſondere Umſtände eintreten können, welche es irgend einem Einzelnen unmöglich machen,

2) L. 65. i. f. C. d. decurionib. X, 31.

3) Nov. 66. c. 1. »— — neque enim defunctorum voluntates subverti volumus — —.«

4) L. 12. C. d. juris et fact. ignor. I, 18. »Constitutiones Principum nec ignorare quemquam, nec dissimulare permittimus.«

Digitized by Google

von dem Gesetze Kenntniß zu erhalten; und ist Jemand im Stande, dergleichen Umstände nachzuweisen, so muß ihm das zu Statten kommen. Aber freilich die Vermuthung ist nicht für das Vorhandenseyn solcher Umstände. Wer sich darauf beruft, muß den Beweis führen.

Wir sind im Obigen von dem Satze ausgegangen: Ein Gesetz kann nur unter der Voraussetzung gelten, daß es bekannt gemacht sei. Dies führt zu folgender Frage: angenommen, es beruft sich Jemand auf ein Gesetz; der Gegner aber stellt die Promulgation dieses Gesetzes in Abrede: wer muß beweisen? Muß derjenige, welcher das Gesetz für sich anführt, die Promulgation beweisen? oder muß vielmehr umgekehrt derjenige, welcher die Gültigkeit des Gesetzes bestreitet, den Beweis führen, daß es nicht promulgirt sei? Ausdrückliche gesetzliche Bestimmungen hierüber haben wir nicht, und so sind denn die Meinungen der Rechtsgelehrten getheilt. Die Meisten jedoch behaupten und zwar mit vollem Rechte, wie ich glaube, daß derjenige, der sich auf ein Gesetz beruft, im Ablängnungsfall die Thatsache der Promulgation zu erweisen habe [5]). Dabei versteht es sich indessen von selbst, daß wie das Notorische überhaupt nicht erwiesen zu werden braucht, so auch der Beweis der Promulgation eines Gesetzes unnöthig ist, sobald diese Promulgation notorisch ist [6]). — So viel über die Promulgation der Gesetze.

Der zweite hier zu erörternde Punkt ist der Inhalt der Gesetze. Dieser kann von sehr mannigfaltiger Art sein. Es können durch ein Gesetz gewisse Handlungen geboten werden. Ein solches Gesetz nennen die Neueren **Lex praeceptiva**. Umgekehrt kann ein Gesetz aber auch darauf abzwecken, gewisse Handlungen zu verhüten, entweder durch ein directes Verbot, oder auch auf indirectem Wege, worauf ich nachher noch zurückkommen werde. Auf Gesetze dieser Art beziehet sich der bei den Neueren

5) So Thibaut, Pand. §. 25. Wening, gem. Civilr. Buch I. §. 2. Note nn.

6) Die der hier vorgetragenen entgegengesetzte Meinung hat unter Anderen Schweppe, Röm. Privatr. §. 21. — Eine unklare Ansicht findet sich bei Glück I, S. 137: Bei alten Gesetzen soll der Beweis der Promulgation nicht gefordert werden können, wohl bei neuen.

Digitized by Google

übliche Ausdruck **Lex prohibitiva**. Ferner: ein Gesetz kann den Zweck haben, die Zulässigkeit gewisser Handlungen auszusprechen: ein solches Gesetz heißt bei den Neueren **Lex permissiva**. Endlich kann ein Gesetz Bestimmungen enthalten über die Form gewisser Handlungen, desgleichen über die rechtlichen Wirkungen von Handlungen, oder anderweitigen Ereignissen. Gesetze dieser Art sind auf dem Gebiete des Privatrechts die häufigsten: die Neueren bezeichnen dieselben durch den Ausdruck **Lex dispositiva**. — Dies über den Inhalt der Gesetze im Allgemeinen. Jetzt ist aber von den einzelnen Arten von Gesetzen noch insbesondere zu sprechen. Nämlich:

1. Sowohl auf Prohibitivgesetze, als auf solche, wodurch die Beobachtung gewisser Formen vorgeschrieben wird, bezieht sich der Unterschied zwischen **Lex perfecta, Lex minus quam perfecta** und **Lex imperfecta**. Die hierbei zum Grunde liegenden Begriffe sind folgende: Hat die Nichtbeobachtung des Gesetzes, — mag dieses nun die Vornahme einer Handlung verbieten, oder für dieselbe eine bestimmte Form vorschreiben, — die Nichtigkeit eines gegen den Inhalt desselben unternommenen Geschäfts zur Folge, so nennt man das Gesetz eine **Lex perfecta** [7]): eine solche **Lex perfecta** ist z. B. das Verbot gewisser Spielverträge (§. 544.); desgleichen gehören dahin die Gesetze über die äußere Form der Testamente u. s. w. — Nun läßt es sich aber auch denken, daß die Nichtbeobachtung des Gesetzes keineswegs Nichtigkeit zur Folge hat, daß aber das Gesetz denjenigen, welcher demselben entgegenhandelt, mit Strafe bedrohet. Ein Gesetz dieser Art wird **Lex minus quam perfecta** genannt. Dahin gehört z. B. im Römischen Rechte das Verbot der Wiederverheirathung einer Frau während des Trauerjahrs (§. 713.). Auf ähnliche Weise verhält es sich heutiges Tages mit der Vorschrift, daß der Eingehung der Ehe ein dreimaliges Aufgebot vorangehen soll. Ist das Aufgebot vernachlässigt, so ist die Ehe darum keineswegs nichtig, wohl aber pflegt sowohl gegen den Geistlichen,

7) Ein Ausdruck, der ohne Zweifel dem Römischen Sprachgebrauch vollkommen gemäß ist, obwohl sich keine Stelle nachweisen läßt, in der er vorkommt. Vgl. den Anfang von Ulpians Fragmenten.

Digitized by Google

als gegen die Eheleute Strafe verfügt zu werden (§. 679.). — Der Begriff einer **Lex imperfecta** ist dieser: das Gesetz will, daß etwas nicht geschehe; dennoch aber führt die Nichtbeobachtung des Gesetzes weder Nichtigkeit mit sich, noch Strafe. So allgemein gefaßt ist nun aber der Begriff einer **Lex imperfecta** offenbar ohne praktisches Interesse. Ein solches erhält er nur, wenn wir uns denselben in folgender specieller Anwendung denken: das Gesetz beabsichtigt, ein gewisses Rechtsgeschäft zu verhindern, aber es sucht diesen Zweck zu erreichen weder durch die Androhung von Strafen, noch dadurch, daß es das Geschäft für geradezu nichtig erklärt, sondern dadurch, daß es die Wirksamkeit desselben indirecter Weise hemmt. Von dieser Art ist z. B. das **Senatusconsultum Macedonianum.** Dies Gesetz will verhindern, daß **filiifamilias** Gelddarlehen contrahiren. Dennoch ist ein solches Darlehn, wenn es wirklich contrahirt ist, keineswegs nichtig: der Gläubiger kann aus dem Darlehn klagen, und ist es zurückgezahlt, so kann das Gezahlte nicht gleich einem **indebitum** condicirt werden. Aber der Klage des Gläubigers steht eine **exceptio** entgegen, dergestalt, daß der **filiusfamilias** durch die gegen ihn erhobene Klage zur Zahlung nicht gezwungen werden kann (§. §. 479. 480.). — So viel über die Bedeutung dieser Ausdrücke. Uebrigens ist wenigstens nach neuerem Römischen Rechte [8]) im Zweifel jedes Prohibitivgesetz für eine **Lex perfecta** zu halten, und diese Bestimmung analoger Weise auch auf solche Gesetze anzuwenden, welche die Beobachtung einer gewissen Form vorschreiben [9]).

2. Hinsichtlich der Prohibitivgesetze insbesondere ist zu bemerken, daß sie Anwendung finden nicht bloß auf solche Handlungen,

8) L. 5. C. h. t. »— — Nullum enim pactum, nullam conventionem, nullum contractum inter eos videri volumus subsecutum, qui contrahunt, lege contrahere prohibente. — — — hoc est, ut ea, quae lege fieri prohibentur, si fuerint facta, non solum inutilia, sed pro infectis etiam habeantur, licet legislator fieri prohibuerit tantum, nec specialiter dixerit, inutile esse debere, quod factum est. Sed et si quid fuerit subsecutum ex eo vel ob id, quod interdicente lege factum est, illud quoque cassum atque inutile esse praecipimus. — —«

9) Vgl. Schweppe, Röm. Privatr. §. 7.

Digitized by Google

welche dem Gesetze geradezu entgegen sind, sondern auch auf diejenigen, welche darauf abzwecken, das Gesetz zu umgehen. Von Handlungen dieser Art sagt man, sie werden vorgenommen **in fraudem legis** [10]).

3. Gesetze, welche die rechtlichen Wirkungen erlaubter Handlungen oder sonstiger Ereignisse betreffen, bestimmen diese Wirkungen zuweilen mit unabänderlicher Nothwendigkeit. Der bei weitem häufigere Fall aber ist der, daß das Gesetz die Wirkungen nur **in subsidium** bestimmt, dergestalt, daß es gestattet bleibt, sie durch Aeußerungen der Privatwillkür anders zu bestimmen: und dafür spricht im Zweifel die Vermuthung.

Der dritte unter den hier in Betracht zu ziehenden Punkten ist die Aufhebung der Gesetze. Ein Gesetz kann seine Gültigkeit verlieren:

1. durch Ablauf der Zeit, wofern es nämlich ein transitorisches Gesetz ist.

2. Ein Gesetz verliert seine Gültigkeit dadurch, daß der Gegenstand, auf den es sich bezieht, nicht mehr existirt. Ein Beispiel dieser Art bietet die **Legitimatio per oblationem curiae.**

3. Es kann ein Gesetz, es sei nun im Ganzen, oder theilweise, mittelst eines neuen Gesetzes aufgehoben werden. Diese Aufhebung kann ausdrücklich erfolgen, aber auch stillschweigend durch die bloße Anordnung einer dem früheren Gesetze widerstreitenden Bestimmung, das eine, wie das andere nach der Regel, die schon oben (§. 4.) vorgekommen ist, und die man lateinisch so auszudrücken pflegt: »**Lex posterior derogat priori**« [11]). Uebrigens versteht es sich, daß wenn durch ein späteres Gesetz eine Regel des früheren aufgehoben wird, damit zugleich alle aus jener Regel abgeleiteten Folgesätze aufgehoben sind. Dagegen sind durch die bloße Aufhebung der Regel nicht mit aufgehoben solche Bestimmungen, welche eine Ausnahme von der Regel bildeten.

10) L. 5. C. h. t. »Non dubium est, in legem committere eum, qui verba legis amplexus contra legis nititur voluntatem. Nec poenas insertas legibus evitabit, qui se ‚contra juris sententiam saeva praerogativa verborum fraudulenter excusat.« Cfr. L. 29. 30. D. h. t.

11) L. ult. D. d. const. Princip. I, 4. c. 1. in VIto. d. constitut. I, 2.

Digitized by Google

Dieser Satz ergibt sich theils aus der Natur der Sache, theils läßt er sich aus den Bestimmungen unserer Rechtsquellen ableiten [12]). Man pflegt ihn so auszudrücken: **Lex posterior generalis non derogat legi priori speciali.** Als Beispiel diene Folgendes: Theodosius II. führte eine neue Form ein für die Errichtung der Privattestamente, die nun statt der älteren beobachtet werden sollte [13]). Damit war aber bloß die ältere Regel aufgehoben. Auf die von dieser Regel bestehende Ausnahme, daß der Soldat ohne alle bestimmte Form testiren könne, war die Theodosische Verordnung nicht zu beziehen: hier blieb es also beim Alten. — Wird nun aber gleich durch die bloße Aufhebung der Regel die Ausnahme nicht mit aufgehoben, so verhält es sich dennoch allerdings anders, wenn die Absicht des Gesetzgebers, die Ausnahme mit aufzuheben, besonders nachgewiesen werden kann: nur vermuthet wird diese Absicht nicht [14]).

4. Auch durch eine aufhebende Gewohnheit kann ein Gesetz seine Kraft verlieren, also durch **desuetudo.** Die **desuetudo** aber darf nicht verwechselt werden mit dem bloßen Nichtgebrauch. Die **desuetudo** nämlich setzt voraus, daß der Fall des Gesetzes vorgekommen sei, aber ohne daß das Gesetz darauf wäre angewandt worden. Dagegen: ist der Fall des Gesetzes überall nicht einmal vorgekommen, so läßt sich nur von Nichtgebrauch sprechen, und dieser bloße Nichtgebrauch hat keine aufhebende Kraft. Uebrigens werden wir auf die **desuetudo** zurückkommen in dem Abschnitt von dem **Jus non scriptum.**

§. 19.

γ. Verbindliche Kraft der Mandate, Rescripte und Decrete.

COD. I, 15. De mandatis Principum. — I, 19. De precibus Imperatori offerendis, et de quibus supplicare liceat vel non. — I, 21. Ut lite pendente, vel post provocationem, aut definitivam sententiam nulli liceat Imperatori supplicare. — I, 22.

12) Argum. L. 41. D. d. poen. XLVIII, 19. et L. 80. D. d. R. J. — cit. c. 1. in VI, I, 2. Vgl. Thibaut, Civil. Abhandlungen, Nr 7.

13) L. 21. C. d. testam. VI, 23.

14) S. Thibaut am angef. Orte p. 127 folg.

Digitized by Google

Si contra jus vel utilitatem publicam, vel per mendacium fuerit aliquid postulatum vel impetratum. — I, 23. De diversis rescriptis et pragmaticis sanctionibus.

Ich nehme hier die Ausdrücke nicht in der schwankenden Bedeutung, in der sie heutiges Tags nicht selten gebraucht werden, sondern in der bestimmten Bedeutung, welche der Römische Sprachgebrauch ihnen anweis't.

Was nun zuerst die Mandate betrifft, so verpflichten diese unmittelbar allerdings nur den Beamten, an den sie erlassen sind, mittelbar aber sind sie von Einfluß auch auf die Verhältnisse derjenigen, welche der Anordnung des Beamten Folge zu leisten haben. Ist die dem Beamten ertheilte Instruction beschränkt auf die Behandlung eines einzelnen individuellen Falls, so ist ihre Wirkung natürlicher Weise vorübergehend. Anders verhält es sich mit solchen Instructionen, welche über das vom Beamten zu beobachtende Verfahren allgemeine Vorschriften enthalten. Diese pflegen selbst für die Nachfolger im Amte verbindlich zu werden, dadurch, daß man sie bei ihrer Anstellung darauf verweis't.

Ich komme nun zweitens zu den Rescripten. Bei diesen ist zweierlei zu erwägen: 1. ihre Wirksamkeit, in Betreff der einzelnen Personen und Fälle, worauf sie sich zunächst beziehen; 2. ihre Anwendung auf andere Personen und andere Fälle. So viel nun den ersten Punkt betrifft, so ist die Wirksamkeit der Rescripte bedingt durch folgende Voraussetzungen: 1. sie müssen von dem Regenten unterzeichnet sein [1]); 2. sie müssen das Datum, unter dem sie erlassen sind, enthalten [2]); 3. sie dürfen weder dem wohlerworbenen Rechte irgend eines Dritten, noch auch der utilitas publica zuwiderlaufen [3]); 3. inwieweit

1) L. 3. L. 6. C. d. divers. rescr. I, 23.

2) L. 4. C. eod. Doch spricht die Stelle eigentlich nur von beneficia personalia: man sehe hierüber Glück, I. S. 541. Not. 89. u. L. 1. Th. C. d. const. princip. I, 1. — Wegen Unterschrift Namens des Regenten und wegen des Erforderniſſes der Besiegelung vergleiche man Thibaut, Pand. §. 36. und Glück am angef. Orte Nr I.

3) L. 3. L. 7. C. d, precib. Imper. offer. I, 19. »Rescripta contra jus elicita ab omnibus judicibus refutari praecipimus, nisi forte sit aliquid, quod non laedat alium et prosit petenti, vel crimen supplicantibus indulgeat.« L. ult. C. si contra jus vel utili-

Digitized by Google

sie auf den Grund von Bittschriften erlassen sind, gelten sie immer nur unter der Voraussetzung: »si preces veritate nitantur«, d. h. daß es sich vorgestellter Maßen in der That verhält. Das Römische Recht fordert die Insertion dieser Clausel: das Canonische Recht betrachtet dieselbe als eine sich von selbst verstehende [4]). Verhält es sich nicht vorgestellter Maßen, so mag der, gegen welchen das Rescript angewandt werden soll, auf diesen Umstand eine Einrede gründen, **praescriptio mendaciorum** genannt [5]). Diese **praescriptio mendaciorum** ist entweder **exceptio subreptionis** oder **exceptio obreptionis**, über deren Bedeutung die Neueren jedoch nicht einig sind. Nach der gewöhnlichen Ansicht ist sie dann **exceptio subreptionis**, wenn das Rescript durch Anführung falscher Umstände erschlichen ist, dagegen **exceptio obreptionis**, wenn wahre Umstände verschwiegen sind. Eben so streitet man darüber, wer den Beweis zu führen habe: ob der Impetrant die Richtigkeit seines Vorbringens alle Male erweisen müsse? ob der Impetrat, welcher die **praescriptio mendaciorum** vorschützt, die Thatsachen, worauf er dieselbe stützt, auch zu erweisen habe [6])? Wo nun aber die bisher bezeichneten Bedingungen vorhanden sind, da ist die Wirksamkeit des Rescripts gesichert. Und zwar tritt sie der Regel nach ein mit dem Augenblicke der Ausfertigung. Nur in solchen Fällen, wo zur Ausführung des Inhaltes die Concurrenz einer Behörde erforderlich ist, da kann das Rescript sich natürlich nicht eher wirksam erweisen, als bis die Behörde in Kenntniß gesetzt ist [7]).

Ich wende mich jetzt zu dem zweiten Punkte, nämlich zu der Frage: inwieweit haben Rescripte eine verbindende Kraft auch in Hinsicht anderer Personen und Fälle, als worauf sie zunächst

tatem publicam etc. I, 22. Namentlich werden hiebei die Rechte des Fiscus erwähnt in L. 3. cit.

4) L. 7. pr. C. d. divers. rescr. I, 23. c. 2. X. de rescript. I, 3.

5) L. 2. C. si contra jus etc. I, 22. »Praescriptione mendaciorum opposita, sive in juris narratione mendacium reperiatur, sive in facti, sive in tacendi fraude, pro tenore veritatis, non deprecantis affirmatione datum judicem cognoscere debere, et secundum hoc de causa convenit ferre sententiam.«

6) Vgl. hierüber Glück, I. S. 544 folg.

7) L. 5. pr. C. d. temporib. in integr. restit. II, 53.

Digitized by Google

sich beziehen? Dabei ist so viel von selbst klar: eine solche Anwendung ist überall nur unter der Voraussetzung möglich, daß das Rescript irgend einen allgemeinen Rechtssatz enthalte, sei es nun unmittelbar oder mittelbar; desgleichen, daß es überhaupt zu allgemeinerer Kunde gelange. Durch diese aus der Natur der Sache hervorgehende Voraussetzung wird die Möglichkeit einer allgemeineren Wirksamkeit der Rescripte bedingt. Die bloße Möglichkeit ist jedoch nicht genügend. Vielmehr gesteht das Römische Recht den Rescripten eine allgemein verbindliche Kraft nur in zwei Fällen zu: 1. wenn ihnen eine solche ausdrücklich beigelegt ist; 2. wenn und inwieweit sie die Erklärung einer anderweitigen gesetzlichen Bestimmung enthalten [8]).

Es ist jetzt noch drittens auf die Decrete Rücksicht zu nehmen. Nach Justinianischem Rechte verhält es sich mit den Interlocuten ganz eben so, wie mit den Rescripten [9]). Dagegen sollen eigentliche Decrete jederzeit eine allgemein verbindliche Kraft haben [10]). Für uns ist dies unpraktisch: siehe oben §. 17. z. E.

δ. Ueber die Interpretation der Gesetze, mit besonderer Rücksicht auf die Justinianischen Rechtsquellen.

§. 20.

a. Einleitung [1]).

Die Römischen Juristen gebrauchen den Ausdruck Interpretatio nicht selten in einer so weiten Bedeutung, daß sie darunter die gesammte wissenschaftliche Behandlung der Gesetze verstehen, also nicht etwa bloß die Ausmittelung des Sinnes der Gesetze, sondern auch die systematische Verknüpfung der darin enthaltenen Rechtssätze, und die Ableitung analoger Rechtsnormen für die

8) L. 3. L. 12. §. 1. C. d. legib. I, 14.

9) Siehe die vorige Note.

10) L. 12. pr. C. eod. »Si imperialis majestas causam cognitionaliter examinaverit et partibus cominus constitutis sententiam dixerit, omnes omnino judices, qui sub nostro imperio sunt, sciant, hanc esse legem non solum illi causae pro qua producta est, sed et omnibus similibus.«

1) Ant. Friedr. Just. Thibaut, Theorie der logischen Auslegung. Altona 1799. 8. — 2te Ausg. Ebendas. 1806. 8.

Digitized by Google

Beurtheilung von Verhältnissen, welche die Gesetze selbst unberührt lassen [2]). In dieser weiten Bedeutung wird hier das Wort interpretatio nicht genommen: sondern wir verstehen unter interpretatio legis, unter Auslegung eines Gesetzes bloß die Ermittelung des Sinnes.

Die unter den Neuern gewöhnliche Ansicht von der Interpretation, welche man auf jeden Fall kennen muß, obschon sie sich in mancher Beziehung als irrig erweis't, ist folgende: man sagt: die Interpretation ist entweder eine legalis, oder eine doctrinalis. Legalis ist sie alsdann, wenn sie entweder unmittelbar von der gesetzgebenden Gewalt selbst ausgeht, oder auf einer von der gesetzgebenden Gewalt zugelassenen Gewohnheit beruhet. Im ersten Fall nennt man sie authentica, im zweiten usualis. — Dagegen ist die Interpretation eine doctrinalis, wenn sie von einem Rechtsgelehrten nach den wissenschaftlichen Regeln der Auslegung vorgenommen wird. Diese doctrinelle Interpretation zerfällt nun aber wieder: a. in die grammatica, deren Zweck ist, den Wortsinn auszumitteln, und b. in die logica, bei welcher es auf die Frage ankommt, inwieweit der Wortsinn mit der Absicht des Gesetzgebers und mit dem legislatorischen Grunde des Gesetzes, mit der ratio legis, übereinstimmt, oder nicht. Findet sich eine solche Uebereinstimmung wirklich, so nennt man die Erklärung eine interpretatio declarativa. Findet es sich dagegen, daß die Absicht des Gesetzgebers oder die ratio legis weiter geht, als der Wortverstand es mit sich bringt, so muß dem Gesetze eine weitere Beziehung gegeben werden: die interpretatio ist also eine interpretatio extensiva. Im umgekehrten Falle ist die Erklärung eine interpretatio restrictiva.

Was nun aber insbesondere noch das Verhältniß der interpretatio doctrinalis zu der authentica anbelangt, so soll der Richter diese letzte nachzusuchen gehalten sein: 1. wenn ein Gesetz so dunkel ist, daß nach den Regeln der Interpretation nicht herauszukommen ist; 2. wenn ein Gesetz zwar klar und deutlich ist,

2) Man sehe z. B. L. 2. §. §. 5. 6. 12. D. d. O. J. I, 2.

Digitized by Google

aber mit einem andern daneben geltenden in einem nicht zu lösenden Widerspruch steht; 3. Einige rechnen auch den Fall hieher, wenn ein Gesetz zwar klar, und auch mit keinem andern im Widerspruch, aber sehr hart ist [3]).

Dies ist die gewöhnliche Art, wie bei den Neueren die Lehre von der Interpretation der Gesetze ihren Grundzügen nach dargestellt wird. In dieser Darstellung liegt nun aber manches Unrichtige und Schiefe. Dies zeigt sich gleich zuerst in der gewöhnlichen Vorstellung von der **interpretatio authentica**. In Einer Beziehung läßt sie sich allerdings rechtfertigen. Nämlich wenn ein Gesetz so dunkel ist, daß man nach den Regeln der Interpretation sich nicht herauszufinden weiß, so kann dies seinen Grund nur darin haben, daß es an hinreichenden Datis über die Absicht des Gesetzgebers fehlt. Wäre man von diesen hinreichend unterrichtet, so würde man auch im Stande sein, das Gesetz zu erklären. Wenn man daher in einem Falle dieser Art um eine Entscheidung des Gesetzgebers nachsucht, so hat dies eigentlich keine andere Bedeutung, als diese: man begehrt die Absicht des Gesetzgebers kennen zu lernen, und von dieser wird man durch die von dem Gesetzgeber ertheilte Interpretation unterrichtet. Also in dieser Beziehung läßt sich der Begriff einer **interpretatio authentica** wohl rechtfertigen. — Dagegen denken wir uns den Fall, daß zwei an und für sich vollkommen klare und deutliche Gesetze vorhanden sind, die aber in einem offenbaren Widerstreite mit einander stehen, so gibt es ja hier gar nichts auszulegen. Sondern die nachgesuchte Entscheidung des Regenten kann immer nur dahin gehen, entweder, daß das eine der einander widerstreitenden Gesetze gelten, das andere aber, inwieweit es widerstreite, aufgehoben sein solle, oder daß beide ihre Kraft verlieren, und ein neues, erst jetzt erlassenes Gesetz in ihre Stelle treten solle.

Zweitens. Gegen die gewöhnliche Vorstellung von der **Interpretatio usualis** ist Folgendes zu erinnern. Wenn die hergebrachte Auslegung eines Gesetzes den wissenschaftlichen Regeln

3) So z. B. **Westenberg, Principia juris secund. ordin. Dig. I, 3. §. 22.**

Digitized by Google

der Interpretation entspricht, so ist sie eine **doctrinalis**, die sich von jeder anderen doctrinellen Interpretation nur allein dadurch unterscheidet, daß ihre Richtigkeit allgemeine Anerkennung gefunden hat. Stimmt aber die Gewohnheit, einem Gesetze diesen oder jenen Sinn beizulegen, mit den wissenschaftlichen Regeln der Interpretation nicht überein, so hat jene Gewohnheit überall nicht den Charakter der Auslegung, sondern es würde dadurch vielmehr ein neues, in dem Gesetze nicht enthaltenes Recht in die Stelle desselben gesetzt.

Drittens. In der Lehre von der logischen Interpretation, wie sie gewöhnlich vorgetragen wird, ist es ein großer Fehler, daß man zwischen der Absicht des Gesetzgebers und dem legislatorischen Grunde des Gesetzes nicht gehörig unterscheidet. Nämlich in das Gebiet der logischen Interpretation gehört an und für sich bloß die Ausmittelung der Absicht: es kommt nur darauf an, herauszubringen, was der Gesetzgeber hat sagen wollen. Aber worin der legislatorische Grund des Gesetzes liege, also warum der Gesetzgeber etwas gesagt habe, das ist eine Untersuchung, die an und für sich außer den Grenzen der logischen Interpretation liegt. Der legislatorische Grund kommt bei der logischen Interpretation nie um seiner selbst willen, sondern nur insofern in Betracht, als er gelegentlich über die Absicht Aufschluß gewähren kann. Allerdings gibt es eine Operation, die ganz und gar auf der Ermittelung des legislatorischen Grundes der Gesetze beruhet: aber diese Operation besteht nicht in der Auslegung, sondern in der analogen Anwendung der Gesetze. Es fragt sich dabei nicht nach dem, was der Gesetzgeber zu sagen wirklich beabsichtigte, sondern danach, was er gesagt haben würde, wenn der Fall, von welchem gerade die Rede ist, und an den er bei Abfassung des Gesetzes nicht dachte, ihm vorgeschwebt hätte. Zur Beantwortung dieser Frage ist die Erforschung der legislatorischen Gründe der Gesetze unerläßlich. Aber, wie gesagt, das gehört nicht in das Gebiet der bloßen Auslegung. Dennoch aber wird die Rücksicht auf den legislatorischen Grund der Gesetze von den Meisten so behandelt, als ob sie wesentlich mit zur logischen Auslegung gehörte; ein Fehler, von welchem

Digitized by Google

selbst Thibaut in seiner sonst so schätzenswerthen Schrift über die logische Auslegung sich nicht frei erhalten hat. Bei dem gegenwärtigen Vortrage soll dieser Fehler vermieden werden: auf die analoge Anwendung der Gesetze werden wir im §. 30. kommen. Hier bleiben wir stehen bei dem, was wirklich Interpretation ist.

Ueber die s. g. **Interpretatio legalis** habe ich mich indessen bereits zur Genüge erklärt: dagegen ist über die doctrinelle Interpretation noch gar Manches zu sagen. Diese setzt aber das Vorhandensein eines richtigen Textes voraus. Diesen zu construiren ist das Geschäft der Kritik. Und so wird also zunächst im §. 21. von der Kritik der Justinianischen Rechtsquellen zu sprechen sein; dann, im §. 22., von der eigentlichen Auslegung. Bei beiden Paragraphen werde ich Veranlassung haben, auf die Litterarnotiz in den Paragraphen 10. und 11. zurückzugehen.

§. 21.

b. Kritik.

Vor Allem ist hier etwas zu sagen über das für die Kritik der Justinianischen Rechtsquellen zu benutzende Material; auf die Art und Weise der Benutzung werde ich nachher kommen.

Zu dem Material gehören zunächst die Handschriften und gedruckten Ausgaben der Justinianischen Rechtsquellen selbst. Dieser gibt es eine sehr große Anzahl, deren keine aber vorzugsweise gesetzliches Ansehen hat. Dieser große Reichthum an Ausgaben und Handschriften macht die Kritik der Justinianischen Rechtsquellen ganz besonders schwierig. Es wäre sehr zu wünschen, daß wir ein vollständiges Verzeichniß davon besäßen, welches sich nicht bloß auf die äußere Beschreibung der Handschriften und Ausgaben beschränkte, sondern diese zugleich ihrem kritischen Werthe nach gründlich würdigte. Ein Werk dieser Art fehlt uns jedoch bis jetzt noch immer, und allerdings stehen der Ausführung desselben große Schwierigkeiten im Wege. Wir haben zwar Verzeichnisse [1]), aber es fehlt viel, daß diese dem vorhin bezeich-

1) Die neuesten sind oben im Eingange von §. 10. angeführt worden.

Digitized by Google

neten Bedürfnisse entsprächen: theils sind sie nicht vollständig, theils bleiben sie bloß bei der äußeren Beschreibung stehen. — Was übrigens die gedruckten Ausgaben betrifft, so sind aus der großen Masse derselben im §. 10. einige besonders bemerkenswerthe namhaft gemacht. Unter den nicht glossirten Ausgaben sämmtlicher Justinianischer Rechtsquellen verdient am meisten empfohlen zu werden die Ausgabe von Gebauer und Spangenberg.

In besonderer Beziehung auf die Pandekten, welche gerade den wichtigsten Bestandtheil der Justinianischen Rechtsquellen ausmachen, pflegt man drei Haupttexte zu unterscheiden, die Florentina, die vulgata und die Haloandrina lectio. In Bezug auf jede einzelne derselben ist Folgendes zu bemerken:

A. Die Lectio Florentina, oder, wie sie bei den Glossatoren heißt, die Littera Pisana, ist enthalten in einer ehedem zu Pisa, seit dem Anfange des 15ten Jahrhunderts aber zu Florenz befindlichen Handschrift. Diese ist unter allen uns erhaltenen Handschriften der Pandekten die älteste und correcteste, keineswegs aber, wie Viele haben behaupten wollen, diejenige, aus der unmittelbar oder mittelbar alle übrigen noch vorhandenen Handschriften hervorgegangen wären; wenn schon nicht geläugnet werden kann, daß bei später angefertigten Handschriften häufig auf sie Rücksicht genommen ist [2]). Unter den gedruckten Ausgaben gibt es nur zwei, in welchen sich der Florentinische Text unverändert findet, die Taurellische und die Gebauerische Ausgabe. (Vgl. §. 10.) Bei dieser liegt jene zum Grunde; es sind bei derselben aber außerdem noch die Papiere von Brenkmann benutzt worden, welcher zu Anfange des 18ten Jahrhunderts die Taurellische Ausgabe mit dem Codex Florentinus sorgfältig verglichen hatte.

B. Die Lectio vulgata, so ihrer Verbreitung halber genannt, ist, ihrer Entstehung nach, eine Lectio Bononiensis, indem sie auf einer zu Bologna im 12ten und 13ten Jahrhundert allmälig zu Stande gebrachten Recension des Textes beruht.

2) S. v. Savigny, Geschichte des Römischen Rechts im Mittelalter, Bd. 3. S. 449. folg. der 2ten Ausg.

Digitized by Google

Sie findet sich mehr oder weniger vollständig theils in gleichzeitigen und späteren Handschriften, theils in den ältesten gedruckten Ausgaben [3]).

C. Die **Lectio Haloandrina** beruht auf einer von Haloander besorgten Recension des Textes. Sie ist in dessen Ausgabe der Pandekten (vgl. §. 10.) enthalten, und wird, da diese zu Nürnberg erschienen ist, auch **Lectio Norica** genannt. Uebrigens findet sie sich auch in einigen späteren Ausgaben. — Sowohl für die **vulgata**, als für die **Haloandrina Lectio** ist der **Codex Florentinus** benutzt; jedoch ohne vollständige Kenntniß desselben.

Aus dem Gesagten ergibt sich, daß auf die Lesarten des **Codex Florentinus** ein ganz besonderes Gewicht zu legen ist. Dadurch wird jedoch die Benutzung anderer Handschriften, und eben so die Benutzung der gedruckten, von dem Florentinischen Text abweichenden Ausgaben, besonders der älteren keineswegs überflüssig. Dies mag rücksichtlich der Handschriften und Ausgaben der Justinianischen Rechtsquellen selbst genügen.

Ein anderweitiges wichtiges Hülfsmittel für die Kritik gewähren theils die uns erhaltenen Ueberbleibsel des vorjustinianischen Rechtes, theils die späteren Bearbeitungen der Justinianischen Rechtsbücher im Orient. Beider gedenke ich hier zunächst in Bezug auf die Kritik: beide sind aber zugleich höchst wichtig für die eigentliche Interpretation. Hieher nun gehören die Angaben, welche oben im §. 11. unter **a.** und **b.** gemacht worden sind.

Anlangend zuerst die Ueberbleibsel des vorjustinianischen Rechtes, so ist es bekannt, daß der größte Theil der Justinianischen Rechtsbücher theils aus den Schriften der classischen Juristen, theils aus den Constitutionen der früheren Imperatoren, meistens sogar wörtlich entlehnt ist. Jene Ueberbleibsel sind daher nicht nur unschätzbar für das Verständniß der Sachen, sondern zugleich mehr oder weniger brauchbar für die Berichtigung

3) S. Andr. Guil. Cramer, De verborum significatione Tituli Pandectarum et Codicis. Kil. 1811. 8. Praef. pag. XIII. v. Savigny, a. a. O. S. 460. folg.

Digitized by Google

des Textes. Die wichtigsten derselben sind im §. 11. unter *a.* einzeln aufgeführt. Zunächst (§. 11. a.) die ächten Institutionen des Gajus, welche erst im Jahre 1816 aufgefunden sind. Sie bilden die Grundlage der Justinianischen Institutionen. Der Ausdruck „ächt" soll hier den Gegensatz bezeichnen gegen eine längst bekannte Bearbeitung der Institutionen des Gajus aus späterer Zeit, welche man mit dem Ausdrucke **Gaji Epitome** zu bezeichnen pflegt. — Die Fragmente des Ulpianus (§. 11. b.) sind Bruchstücke eines von Ulpian herrührenden kurzen Abrisses des Rechts. Für die Kritik des Textes der Justinianischen Rechtsbücher sind sie von keiner Bedeutung, aber sie sind wichtig für das Verständniß der Sachen. — Die Sentenzen des Paulus (§. 11. c.) waren eine systematisch geordnete Sammlung einzelner anerkannter Rechtssätze. Vieles daraus ist in die Justinianischen Pandekten übertragen. Das Buch selbst ist nicht auf uns gekommen, wohl aber ein in späterer Zeit verfaßter, ziemlich vollständiger Auszug. — Die Vaticanischen Fragmente (§. 11. d.) sind Bruchstücke einer Compilation aus den Schriften verschiedener Juristen und aus Constitutionen der Imperatoren. Der Verfasser ist unbekannt: auch läßt sich die Zeit, in welche das Werk gehört, nicht genau angeben. Viele der darin aufgenommenen Stellen finden sich auch in den Justinianischen Rechtsbüchern. Diese erst seit dem Jahre 1823 bekannt gewordenen Fragmente sind in der Bibliothek des Vaticans gefunden; daher die Benennung. — Der Theodosische Codex (§. 11. e.) ist eine auf Befehl des Kaisers Theodosius des Jüngeren verfaßte Constitutionen-Sammlung, aus welcher sehr Vieles in den Justinianischen Codex übertragen ist. — Mit dem Ausdrucke „vorjustinianische Novellen" (§. 11. f.) bezeichnet man die einzelnen Constitutionen, welche von Justinians Vorgängern nach Abfassung des Theodosischen Codex erlassen wurden. Viele derselben sind uns erhalten, und auch sie sind für den Justinianischen Codex benutzt worden.

Was demnächst die späteren Bearbeitungen der Justinianischen Rechtsquellen im Orient betrifft, welchen ich mich nunmehr zuwende, so sind die wichtigsten ebenfalls oben im §. 11. unter **b.**

Digitized by Google

angeführt worden. Für die Interpretation sind sie insgesammt höchst brauchbar. Für die Kritik aber können besonders die Basiliken Nutzen gewähren. Diese nämlich sind bekanntlich ein in Griechischer Sprache für das Griechisch-Römische Reich abgefaßtes Gesetzbuch, welches großen Theils nur in einer Uebersetzung einzelner Stellen aus den Justinianischen Rechtsbüchern besteht. Und da läßt sich denn nun oftmals bei zweifelhaften Stellen der Justinianischen Rechtsquellen aus der Art, wie die Verfasser der Basiliken sich ausdrücken, schließen auf die Beschaffenheit des Textes, den sie vor sich hatten. Indessen muß man allerdings bei Benutzung der Basiliken mit großer Vorsicht zu Werke gehen: denn in gar manchen Stellen mögen die Verfasser derselben von dem ihnen vorliegenden Texte aus Versehen, oder auch wohl gar absichtlich abgewichen sein. Ein sehr brauchbares Hülfsmittel für die Benutzung der Basiliken gewährt das (§. 11. b. γ. 4.) angeführte **Manuale Basilicorum** des verstorbenen Haubold. Dieses enthält ein Verzeichniß aller Stellen der Justinianischen Rechtsquellen, die in den Basiliken vorkommen, mit Verweisung auf die entsprechenden Stellen der letzten. Auch in der Beckschen Ausgabe des **Corpus juris** finden sich dergleichen Verweisungen. So viel über das Material für die Kritik der Justinianischen Rechtsquellen.

Was aber betrifft die Art und Weise, dasselbe zu benutzen, und überhaupt das Verfahren, welches man bei der Kritik zu beobachten hat, so ist der Zweck, den man vor Augen haben muß, dieser: den Text der Justinianischen Rechtsquellen so herzustellen, wie Justinian ihn gewollt und beabsichtigt hat. Daher würden wir, selbst wenn wir die Urexemplare der Justinianischen Rechtsbücher besäßen, ohne allen Zweifel befugt sein, offenbare Fehler der Schreiber zu verbessern. Um so mehr muß es gegenwärtig, wo wir es nicht mit jenen Urexemplaren zu thun haben, der Kritik gestattet sein, unter den verschiedenen Lesarten der Handschriften die angemessensten auszuwählen. Ja man muß der Kritik noch mehr zugestehen: es ist sogar da, wo die Handschriften übereinstimmen, zulässig, von der Einen allein vorhandenen Lesart abzuweichen, sobald hinreichende Gründe vorhanden sind,

Digitized by Google

eine Verderbtheit des Textes anzunehmen. Also auch die sogenannte Conjectural-Kritik ist allerdings anwendbar. Aber freilich darf man dabei nie unbeachtet lassen, daß das Geschäft der Kritik überhaupt, wir mögen sie nun auf Rechtsbücher oder auf andere Schriften anwenden, niemals darin besteht, den Text besser zu machen, als der Verfasser selbst ihn machen konnte und wollte, sondern vielmehr nur darin, den wirklich gewollten und beabsichtigten Text darzustellen; ihn von den Fehlern zu reinigen, welche durch die Nachlässigkeit der Schreiber, oder durch unberufene Verbesserer hineingekommen sind.

§. 22.

c. Auslegung.

Was die doctrinelle Interpretation der Gesetze betrifft, — denn von dieser soll in diesem Paragraphen geredet werden (siehe §. 20. a. E.), — so sind hier zuvörderst zwei Arten derselben zu unterscheiden, die grammatische und die logische Interpretation.

Die grammatische Interpretation hat den Zweck, den Wortsinn darzustellen. Die Worte aber haben zu verschiedenen Zeiten und bei verschiedenen Classen von Menschen eine verschiedene Bedeutung. Und daher ist denn nun auch bei der Erklärung der Gesetze Rücksicht zu nehmen, eines Theiles auf die Zeit, aus welcher das Gesetz ist, andererseits auf die Eigenthümlichkeit des in den Gesetzen gerade herrschenden Sprachgebrauchs. Wo ein solcher eigenthümlicher Sprachgebrauch nachgewiesen werden kann, da muß ihm vor dem gleichzeitigen gemeinen Sprachgebrauche der Vorzug eingeräumt werden. — Wir wollen nun von diesen allgemeinen Sätzen die Anwendung auf die Justinianischen Rechtsquellen machen. Hier finden wir:

1. Die Justinianischen Rechtsquellen sind zwar insofern insgesammt aus Einer Zeit, als eben Justinian derjenige ist, der den in ihnen enthaltenen Bestimmungen gesetzliches Ansehen verliehen, oder dasjenige bestätigt hat, welches sie etwa früherhin schon hatten. Seiner ersten Entstehung nach aber ist der Inhalt der Justinianischen Rechtsquellen aus sehr verschiedener Zeit, und

Digitized by Google

die Verfasser der Justinianischen Sammlungen haben im Ganzen die Ausdrücke der Quellen, aus welchen sie schöpften, beibehalten. Daher ist hier der Sprachgebrauch sehr verschiedener Zeiten zu berücksichtigen. Bekanntlich ist bei weitem das Meiste in der Lateinischen Sprache geschrieben. Die Sprache nun in den Pandekten, obschon nicht aus der goldenen Zeit, gehört doch noch zur guten Latinität, und eben so die in den früheren Constitutionen des Codex. Dagegen finden wir in den späteren Constitutionen des Codex, besonders in den Justinianischen Constitutionen, und eben so in denjenigen Stellen der Institutionen, in welchen die Verfertiger derselben den Kaiser Justinian mit ihren eigenen Worten sprechen lassen, eine höchst verdorbene Latinität.

2. Die Sprache der Justinianischen Rechtsbücher weicht von dem jedesmaligen gleichzeitigen gemeinen Redegebrauch in mehr als Einer Beziehung ab, nicht bloß in der eigenthümlichen technischen Bedeutung einzelner Worte, sondern auch in dem Gebrauche mancher nicht technischer Ausdrücke, in den Wendungen u. s. w. Allerdings aber ist die in den Quellen übliche technische Bedeutung der Worte ein Gegenstand von ganz besonderer Wichtigkeit, der unsere Aufmerksamkeit um so mehr in Anspruch nehmen muß, als der technische Sprachgebrauch unserer heutigen Juristen uns keineswegs zu einem sicheren Leitfaden dienen kann. Diese gebrauchen nicht nur manche technische Ausdrücke, die den Römischen Juristen fremd waren, sondern sie bedienen sich auch mancher in den Quellen wirklich vorkommender technischer Ausdrücke in einer ganz anderen Bedeutung, als die sie in den Quellen selbst haben. Die wichtigsten Hülfsmittel für die Kenntniß der Sprache in unsern Quellen bieten übrigens die im §. 11. unter c. angeführten Werke. — So viel hierüber.

Nun muß ich aber noch zuletzt etwas sagen über das auch noch in den Bereich der grammatischen Interpretation gehörige sogenannte argumentum a contrario. Nämlich, wenn in einem Gesetze gewisse Voraussetzungen bezeichnet sind, und zugleich eine gewisse rechtliche Folge, so werden wir, inwiefern wir für's Erste nur bei den Worten stehen bleiben, und damit allein hat es ja die grammatische Interpretation zu thun, berechtigt sein, die

Digitized by Google

Folge auf jene in dem Gesetze angegebenen Voraussetzungen zu beschränken, und dem gemäß anzunehmen, daß sie unter anderen Voraussetzungen wegfalle. Denn so muß es sein, wenn der Gesetzgeber sich richtig ausgedrückt hat, und daß er dies gethan habe, sind wir zu vermuthen berechtigt. Dies ist es, was man das **argumentum a contrario** nennt. Von dieser Art zu schließen finden sich Beispiele genug in unsern Rechtsbüchern selbst [1]).

Wir können jetzt zu dem zweiten Theile unserer Erörterung übergehen, zu der logischen Interpretation. Diese hat es mit demjenigen zu thun, was der Gesetzgeber zu sagen beabsichtigt hat: sie untersucht, ob und inwieweit die Absicht desselben mit dem Wortverstande des Gesetzes zusammentrifft, oder nicht.

Die Absicht zu erkennen, dazu kann der eigene innere Zusammenhang des Gesetzes dienen. Es kann aber auch sein, daß der Gesetzgeber in einem anderen Gesetze sich über seine Absicht deutlicher erklärt hat. Auch aus dem legislatorischen Grunde des Gesetzes kann auf die Absicht geschlossen werden. Eben so wird im Zweifel ein Resultat, welches eine Absurdität in sich enthält, nicht als der Absicht des Gesetzgebers entsprechend angesehen werden dürfen. — Für den besonderen Fall einer Zweideutigkeit in einzelnen Ausdrücken gelten über die vermuthliche Absicht des Gesetzgebers folgende Regeln: 1. Man muß von der Voraussetzung ausgehen, daß der Gesetzgeber sich richtig ausgedrückt habe, und daher die Bedeutung als die beabsichtigte ansehen, **quae vitio caret** [2]). 2. Aus demselben Grunde ist anzunehmen, daß der Gesetzgeber diejenige Bedeutung sich gedacht habe, welche dem in Rede stehenden Gegenstande am angemessensten ist [3]). 3. Bei correctorischen Gesetzen ist im Zweifel anzunehmen, daß der Gesetzgeber an dem früher bestandenen Rechte so wenig als möglich habe ändern wollen, daß er also den an sich zweideutigen Ausdruck, welcher die Aenderung bezeichnet, in dem engeren Sinne

1) L. 22. D. d. legib. I, 3. »Cum lex in praeteritum quid indulget, in futurum vetat.« L. 1. pr. D. d. offic. ejus, cui mand. est jurisd. I, 21. L. 18. D. d. testib. XXII, 5.

2) L. 19. D. d. legib.

3) L. 67. D. d. R. J. »Quoties idem sermo duas sententias exprimit, ea potissimum accipietur, quae rei gerendae aptior est.«

Digitized by Google

genommen habe. Nun aber sind singuläre Rechtsbestimmungen ihrem Wesen nach immer correctorisch, und daher findet denn auch auf sie unsere Regel Anwendung [4]). 4. Im Zweifel ist das Mildere und Billigere dasjenige, was der Gesetzgeber beabsichtigt hat [5]).

Was nun aber den Gebrauch betrifft, welcher von den hier gewonnenen Resultaten zu machen ist, so ist es eine allgemeine Regel, die gar keine Ausnahme leidet, daß die Absicht des Gesetzgebers dasjenige ist, worauf das meiste Gewicht gelegt werden muß [6]). Wenn also Absicht und Wortverstand einander nicht genau adäquat sind, so wird der Absicht der Vorzug gegeben werden müssen. Hieraus folgt, daß bei einer Zweideutigkeit des Ausdrucks die Absicht des Gesetzgebers denjenigen Sinn bestimmt, in welchem der Ausdruck zu nehmen ist. Eine Erklärung, mittelst welcher dieser Satz zur Anwendung gebracht wird, mag man eine **interpretatio declarativa** nennen. Ferner folgt, daß auch da, wo der Wortverstand an und für sich unzweideutig ist, die bestimmt erkannte Absicht des Gesetzgebers Veranlassung geben kann, entweder dem Gesetze eine weitere Beziehung zuzuschreiben, als die der bloße Wortverstand mit sich führt, **interpretatio extensiva**, oder auch eine engere, **interpretatio restrictiva.**

Besondere Berücksichtigung verdient jetzt noch dasjenige, was bei Gelegenheit der grammatischen Interpretation von dem **argumentum a contrario** gesagt worden ist. Rücksichtlich dieses ist nämlich zu erwägen, daß sehr viele Stellen in den Justinianischen Rechtsbüchern ursprünglich bloße Rechtsgutachten waren, oder bloße Rescripte. Häufig nun sind diese in die Sammlungen aufgenommen worden, ohne daß man die Fassung derselben wesentlich verändert hätte. In solchen Stellen finden wir nun oft den einzelnen Fall, auf dessen Entscheidung es ankam, mit allen besonderen Umständen angeführt, auch mit denen, welche auf die

4) L. 35. pr. C. d. inoffic. testam. III, 28.

5) L. 18. D. d. legib. »Benignius leges interpretandae sunt, quo voluntas earum conservetur.«

6) Wie entschieden dies die Ansicht der Römischen Juristen ist, erhellt aus vielen Stellen: man sehe nur im Titel der Digesten de legib. I, 3. L. 17. L. 18. L. 19. L. 29. L. 30.

Digitized by Google

Entscheidung keinen Einfluß hatten. Hier nun würde man auf einen ganz falschen Weg gerathen, wenn man durchgängig die Entscheidung als durch alle jene Voraussetzungen bedingt ansehen wollte. Vielmehr darf bei Stellen dieser Art das **argumentum a contrario** erst dann angewandt werden, wenn die logische Interpretation, die hier zu entscheiden hat, welche Umstände für wesentlich zu achten sind, welche nicht, die Anwendung desselben gestattet. — Uebrigens verdient bei dieser Gelegenheit bemerkt zu werden, daß die Compilatoren der Justinianischen Rechtsbücher zuweilen auch ein dem eben bezeichneten gerade entgegengesetztes Verfahren beobachtet haben. Bisweilen nämlich haben sie bloß das Resultat eines Rechtsgutachtens, oder eines Rescripts mitgetheilt ohne genaue Bezeichnung des Falles, und da können wir denn öfters durch andere Stellen genöthigt werden, uns jenen Fall auf eine eigenthümliche Weise modificirt zu denken, und das Resultat nur als Folge dieser Modificationen zu betrachten.

Zum Beschluß muß ich nun aber noch eine Bemerkung hinzufügen, welche sich eben sowohl auf die grammatische, als auf die logische Interpretation bezieht. Es ist nämlich bei den in den Justinianischen Rechtsbüchern enthaltenen Excerpten aus früheren Schriften und Constitutionen nie die Möglichkeit zu übersehen, daß diese Excerpte in ihrem ursprünglichem Zusammenhange und in ihrer ursprünglichen Integrität leicht eine andere Bedeutung haben konnten, als die ihnen jetzt in den Justinianischen Sammlungen beigelegt werden muß. Bei einer gründlichen Interpretation muß man daher immer zunächst die ursprüngliche Bedeutung einer Stelle nach dem Rechtszustande der Zeit, aus welcher sie herrührt, auszumitteln suchen, sodann zu der zweiten Frage übergehen, ob die Stelle dieselbe Bedeutung auch für das Justinianische Recht habe, oder nicht. Die veränderte Bedeutung für das Justinianische Recht kann auf einer von den Compilatoren vorgenommenen Veränderung des Ausdrucks beruhen; manchesmal kann sie aber auch dadurch allein schon bewirkt sein, daß die Stelle aus ihrem ursprünglichen Zusammenhange gerissen ist, oder es kann auch die Verschiedenheit der Bedeutung darin liegen, daß gewisse andere Rechtssätze, welche zu demjenigen, von

Digitized by Google

welchem gerade die Rede ist, in einer bestimmten inneren Beziehung stehen, eine Veränderung erfahren haben, welche nun auf jenen zunächst in Rede stehenden Rechtssatz ebenfalls Einfluß hat, und auch ihm eine veränderte Bedeutung gibt. Ueberall nun, wo eine Stelle in ihrer ursprünglichen Bedeutung einen andern Sinn gibt, als der ist, den sie in den Justinianischen Sammlungen hat, da pflegt man zu sagen, die Stelle gestatte eine **duplex interpretatio**.

Wenn übrigens bei der hier abgehandelten Lehre von der Interpretation stets in besonderer Beziehung auf das **jus scriptum** gesprochen wurde, so geschah dies deshalb, weil sie bei diesem die vollständigste Anwendung findet: keineswegs aber aus dem Grunde, als wäre sie von dem Gebiete des **jus non scriptum**, zu welchem wir jetzt übergehen wollen, ausgeschlossen.

b. Von dem Jus non scriptum. (§. §. 23 — 27.)

§. 23.

α. Einleitung [1]).

† DIG. I, 3. De legibus, senatusque consultis et longa consuetudine. COD. VIII, 53. Quae sit longa consuetudo.

Unter Gewohnheitsrecht im allgemeinen Sinne des Worts wird verstanden jede Rechtsnorm, welche geltend geworden ist, ohne daß sie in einer ausdrücklichen Verfügung der gesetzgebenden Gewalt enthalten wäre. Das Vorhandensein einer solchen Rechtsnorm, die wirkliche Geltung derselben wird an der Gewohnheit, sie zu befolgen, erkannt: daher die Benennung Gewohnheitsrecht.

Es ist eine sehr verbreitete, aber unrichtige Ansicht, daß das Gewohnheitsrecht ein Recht sei, welches durch Gewohnheit entstehe: denn die Gewohnheit ist nicht die Quelle, sondern nur die äußere Erscheinung des Gewohnheitsrechts, wie Puchta sehr gut gezeigt hat. Die Quelle des Gewohnheitsrechts ist keine andere, als die gemeinsame Ueberzeugung von der Richtigkeit der

1) Ge. Friedr. Puchta, Das Gewohnheitsrecht. 1ter Th. Erlangen 1828. 8. 2ter Th. ebendas. 1837. 8.

Digitized by Google

darunter begriffenen Rechtsnormen. Die Entstehung dieser Ueberzeugung aber ist etwas, was im Einzelnen sich der Beobachtung entzieht, und daher auch im Einzelnen gar nicht nachgewiesen werden kann. Uebrigens liegt die Verwechslung desjenigen, woran etwas erkannt wird, mit dem zu erkennenden Gegenstande selbst allerdings so nahe, daß man sich nicht wundern kann, auch hier auf eine solche Verwechslung zu stoßen. Selbst die Römischen Juristen sprechen gelegentlich von einem durch Gewohnheit eingeführten Rechte, während sie von einem durch Gewohnheit bekundeten Rechte sprechen sollten. Aber sie sind sich darum dennoch der eigentlichen Beschaffenheit der Sache gar wohl bewußt, so daß die Verwechslung nicht sowohl im Begriffe, als vielmehr nur in dem Ausdrucke liegt. Und eine bloße Ungenauigkeit in dem Ausdrucke kann man sich schon gefallen lassen.

Was nun aber unsern Begriff selbst anbelangt, so bewährt sich die Realität desselben durch die Geschichte aller Völker. In der früheren Zeit der Völker finden wir sogar, daß bei weitem der größte Theil ihres positiven Rechts Gewohnheitsrecht ist, und nur gar Weniges auf Gesetzen beruhet. In einer solchen früheren Zeit fällt es denn auch Niemanden ein, nur danach zu fragen, wie es zugehe, daß das Gewohnheitsrecht mit dem durch Gesetze bestimmten gleiche Kraft und Bedeutung habe. Die Frage nach dem Grunde, worauf die Geltung des Gewohnheitsrechts beruhe, gehört späteren Zeiten an. Sie setzt einen Zustand intellectueller Bildung voraus, in welchem man dahin gekommen ist, die Entstehung des Rechts zu einem Gegenstande der Speculation zu machen. Die richtige Antwort nun auf jene Frage dürfte diese sein: die Grundlage alles Rechts in einem Volke ist die gemeinsame Ueberzeugung. In dem Gewohnheitsrechte spricht die Gesammtheit selbst diese Ueberzeugung aus; in den Gesetzen spricht sich die Staatsgewalt aus, als Repräsentantin der Gesammtheit. Das Gewohnheitsrecht ist also ganz eben so selbstständig, wie das gesetzliche Recht, und es bedarf zu seiner Geltung keiner Begründung von Außen her. Diese Ansicht hat vornämlich Puchta auszuführen gesucht [2]). Sie ist indessen kei-

2) Im angef. Werke, Buch II., Kap. II.

Digitized by Google

neswegs die herrschende: vielmehr ist der gewöhnliche Gesichtspunkt, aus welchem man unsere Frage auffaßt, dieser: die Quelle alles geltenden Rechts ist in dem Willen des Gesetzgebers zu suchen, d. h. in dem Willen desjenigen Subjects, welchem die gesetzgebende Gewalt zusteht. Soll also die Geltung des Gewohnheitsrechts erklärt werden, so muß sie auf jene Quelle, auf den Willen des Gesetzgebers zurückgeführt werden. Schon bei den Römischen Juristen stoßen wir auf diesen Gesichtspunkt, und er ist, wie bereits angedeutet worden, auch heutiges Tags noch der herrschende.

Viele Neuere nun sind, indem sie von ihm ausgingen, in arge Irrthümer verfallen, die jedoch nicht gerade eine nothwendige Folge des Grundprincips sind. Vielmehr gestattet dieses auch eine Behandlung, die zu einem im Ganzen befriedigenden Resultate führt. Die Sache nämlich verhält sich so: es kann sein, daß durch ein ausdrückliches Gesetz die Geltung des Gewohnheitsrechts im Allgemeinen anerkannt ist. Dann ist dadurch jeder Zweifel gelöst. Aber auch ohne ein solches Gesetz läßt die Geltung des Gewohnheitsrechts sich auf den Willen des Gesetzgebers zurückführen. Am meisten fällt diese Möglichkeit da in's Auge, wo die gesetzgebende Gewalt durch Volksversammlungen ausgeübt wird. Der Wille, welcher sich hier in den Gesetzen ausspricht, ist unmittelbar der Gesammtwille des Volks. Eben dieser ist es nun auch, der sich durch eine im Volke verbreitete rechtliche Gewohnheit kund gibt. Der Unterschied liegt nur in der Form, darin, daß es in dem zuletzt bezeichneten Falle an den für Acte der Gesetzgebung erforderlichen, verfassungsmäßigen Versammlungen, und an einer förmlichen Abstimmung fehlt. Materiell aber ist kein Unterschied vorhanden, und dieses Materielle gerade, der gemeinsame Wille des Volks, stellt sich offenbar als das eigentlich Wesentliche dar. Auf diese Weise rechtfertigten die Römischen Juristen die Geltung des Gewohnheitsrechts, so lange noch in der Theorie wenigstens die Gesetzgebung als ein Attribut des Volkes gedacht wurde [3]). Aber auch

3) L. 32. §. 1. D. h. t. » — — nam quum ipsae leges nulla alia ex causa nos teneant, quam quod judicio populi receptae sunt, me-

Digitized by Google

da, wo die gesetzgebende Gewalt nicht bei dem Volke ist, sondern einem minder zahlreichen Inbegriffe von Personen zusteht, oder gar, wie in rein monarchischen Staaten, einem einzelnen Individuum, auch da läßt sich die Geltung des Gewohnheitsrechts auf den Willen des Gesetzgebers zurückführen. Die Aufgabe der Gesetzgebung nämlich ist keine andere, als die, solche Rechtsnormen aufzustellen, welche den eigenthümlichen Verhältnissen, den eigenthümlichen Ansichten derjenigen, für welche die Gesetze gegeben werden sollen, wahrhaft angemessen sind. Denken wir uns nun, daß Rechtsnormen dieser Art schon ohne alles Gesetz Eingang gefunden haben [4]), dann kommt die Gewohnheit der Gesetzgebung offenbar entgegen, sie erleichtert das Geschäft derselben. Wir dürfen daher annehmen, daß die Geltung des Gewohnheitsrechts dem Willen des Gesetzgebers gemäß ist, auch wenn er sich darüber nicht ausgesprochen hat. Er müßte eigens das Gegentheil erklärt haben, wenn das Gewohnheitsrecht sollte für unverbindlich geachtet werden. So nun verhält es sich mit dem Gewohnheitsrechte an und für sich, und abgesehen von aller ausdrücklichen Bestätigung seiner Kraft. In unserm gemeinen Rechte ist aber überdies die Anerkennung des Gewohnheitsrechts auf das bestimmteste ausgesprochen [5]).

Nachdem wir uns über den Begriff des Gewohnheitsrechts, so wie über den Grund seiner Geltung verständigt haben, können wir nunmehr die üblichen Eintheilungen desselben einer näheren Betrachtung unterwerfen. Der erste Theilungsgrund, welcher uns hier begegnet, ist die Beschaffenheit der Quelle, aus welcher es hervorgeht. Seiner Quelle nach theilt man nämlich das Gewohnheitsrecht ein in dasjenige, welches hervorgegangen

rito et ea, quae sine scripto populus probavit, tenebunt omnes; nam quid interest, suffragio populus voluntatem suam declaret, an rebus ipsis et factis.«

4) Ich sage »Rechtsnormen dieser Art«, denn im Ganzen steht nur von solchen zu erwarten, daß sie sich Eingang verschaffen werden.

5) Wegen des Römischen Rechts verweise ich auf L. 35. L. 36. D. h. t. »Immo magnae auctoritatis hoc jus habetur, quod in tantum probatum est, ut non fuerit necesse, scripto id comprehendere.« — §. 9. I. d. jure natur. gent. et civ. I, 2. L. 1. L. 3. C. h. t.; wegen des Canonischen auf c. 6. 7. D. 12.; wegen der Reichsgesetze auf Cammergerichtsordnung 1495. §. 3. Cammergerichtsordn. 1555. Th. I. Tit. 13. §. 1. und Tit. 57.

Digitized by Google

iſt aus der unmittelbar eigenen Ueberzeugung der Geſammtheit, für welche es gilt, und in dasjenige, von deſſen Richtigkeit die Ueberzeugung der Geſammtheit nur eine mittelbare iſt, indem daſſelbe zunächſt und urſprünglich auf der Ueberzeugung derjenigen Perſonen beruhet, welche in den Gerichten Recht ſprechen. Jene erſte Art des Gewohnheitsrechts nennt man *Gewohnheitsrecht im engeren Sinne*, desgleichen **Jus consuetudinarium**, wie zwar nicht die Römiſchen Juriſten, wohl aber die Neueren ſagen. Es wird erkannt in den Handlungen der Einzelnen, in welchen die unmittelbare Ueberzeugung der Geſammtheit ſich ausſpricht, und deren Inbegriff man vorzugsweiſe mit den Ausdrücken, *Gewohnheit* und **consuetudo**, zu bezeichnen pflegt. In Folge jener oben bereits gerügten Verwechslung bedient man ſich aber dieſer Ausdrücke häufig auch für das durch die Gewohnheit bekundete Recht ſelbſt. Auf eine ähnliche Weiſe verhält es ſich mit der Bezeichnung der vorhin erwähnten zweiten Art des Gewohnheitsrechts. Dieſes nämlich wird erkannt an der Anwendung in den Gerichten, alſo an dem *Gerichtsgebrauch*, der **consuetudo fori**, dem **usus fori**: eben dieſe Ausdrücke gebraucht man aber auch für die Bezeichnung des Rechts ſelbſt.

Nach dem Umfange der Geſammtheit, für welche das Gewohnheitsrecht gilt, unterſcheidet man zwiſchen *allgemeinem* und *beſonderem* Gewohnheitsrechte: und zwar kommt dabei nicht bloß das Oertliche in Betracht, ſondern auch der Umſtand, daß es manche Gewohnheitsrechte gibt, die nur unter einer gewiſſen Claſſe von Perſonen gelten. Dahin gehören z. B. die kaufmänniſchen Gewohnheiten.

Eine dritte Eintheilung bezieht ſich auf das Verhältniß des Gewohnheitsrechts zu dem vor ſeiner Entſtehung vorhandenen Rechte. Das Gewohnheitsrecht kann nämlich neue poſitive Rechtsnormen enthalten, welche in dem früheren Rechte nicht vorkamen; ſodann kann es ferner beſtehen in der bloßen Aufhebung des früher geltenden Rechts; endlich iſt auch das möglich, daß beides zuſammentrifft, indem das Gewohnheitsrecht in die Stelle einer früheren Rechtsnorm eine neue ſetzt. Der Sprachge-

Digitized by Google

brauch der Neueren in Bezeichnung dieser verschiedenen Arten des Gewohnheitsrechts ist nicht constant: es lohnt daher nicht der Mühe, sich dabei aufzuhalten.

Es sind jetzt noch einige einzelne Bemerkungen in Betreff des Gewohnheitsrechts hinzuzufügen. Zuerst: Die Ausbildung des Rechts auf dem Wege der Gewohnheit hängt ihrer Wichtigkeit, ihrer Bedeutsamkeit nach, von gewissen Voraussetzungen ab. Je weniger Gesetze ein Volk hat, je schwieriger die Abfassung der Gesetze ist, desto dringender ist natürlich das Bedürfniß anderweitiger Aushülfe, desto umfassender muß daher das Gewohnheitsrecht sein. Auch liegt es in der Natur der Sache, daß die Oeffentlichkeit der Rechtspflege, und die dabei eintretende Mitwirkung solcher Personen, die nicht gerade Juristen von Profession sind, für die Ausbildung des Gewohnheitsrechts förderlich sein muß. Diese Umstände vereinigten sich in früherer Zeit, wie bei den Römern, so auch bei den Deutschen, und daher war denn nun auch in jener früheren Zeit bei beiden Völkern das Gewohnheitsrecht von so besonderer Wichtigkeit, und von so ausgedehntem Umfange. Anders verhält es sich heutiges Tages. Noch immer besteht viel Gewohnheitsrecht aus älterer Zeit, aber die Fortbildung des Rechts auf dem Wege der Gewohnheit zeigt sich beinahe nur noch in dem Gerichtsgebrauche, und auch hier bei weitem nicht in dem Grade, wie in früheren Zeiten. Außerhalb der Grenzen des Gerichtsgebrauchs werden neue Rechtsgewohnheiten nicht leicht anders, als innerhalb des Kreises solcher Personen entstehen, die durch einen fortdauernden gleichartigen Verkehr näher mit einander verbunden sind: unter diesen mögen sich wohl in Beziehung auf den gemeinsamen Verkehr ohne Gesetz neue eigenthümliche Rechtsnormen ausbilden.

Zweitens. Oefters bedient man sich des Ausdrucks Observanz, um dadurch entweder das Gewohnheitsrecht überhaupt, oder den Gerichtsgebrauch insbesondere zu bezeichnen. Dem genaueren Sprachgebrauche jedoch ist dies entgegen. Diesem zufolge bedeutet Observanz einen stillschweigenden Vertrag, eine stillschweigende Uebereinkunft unter den Gliedern eines Collegium.

Digitized by Google

Gleichbedeutend mit Observanz braucht man den Ausdruck Herkommen.

Drittens: nicht überall, wo der Ausdruck consuetudo in juristischer Beziehung gebraucht wird, dürfen wir an das Gewohnheitsrecht denken. Der Ausdruck kommt gelegentlich auch in dem Sinne vor, daß er bloß die fortgesetzte Ausübung eines Rechts bezeichnet, welches irgend ein Einzelner sich zuschreibt. Dann also wird er nicht auf den Begriff des Rechts im objectiven Sinne bezogen, sondern auf den Begriff des Rechts im subjectiven Sinne.

Hiermit sind wir am Ende desjenigen angelangt, was über das Gewohnheitsrecht im Allgemeinen zu sagen war. In der Darstellung des Details soll zuerst von dem Gewohnheitsrecht im engern Sinne (§. §. 24–26.), sodann (§. 27.) von dem Gerichtsgebrauche gehandelt werden.

β. Gewohnheitsrecht im engern Sinne.

§. 24.

a. Erfordernisse.

Es sollen hier zunächst diejenigen Erfordernisse bezeichnet werden, auf die es in der That ankommt: nachher ist von einigen vermeintlichen Erfordernissen zu sprechen.

Was nun die wirklichen Erfordernisse betrifft, so erinnere ich vor Allem an den schon im vorigen Paragraphen bezeichneten Unterschied zwischen Gewohnheitsrecht und Gewohnheit. Jenes, das Gewohnheitsrecht, erfordert das Vorhandensein einer gemeinsamen Ueberzeugung von einer Regel des Rechts. Nun aber kann überhaupt nichts eine Regel des Rechts sein, was geradezu vernunftwidrig ist. Und so versteht es sich denn, daß dies auch von dem Gewohnheitsrechte gilt, wie dies auch in unsern Quellen ausdrücklich ausgesprochen wird [1]).

Die Gewohnheit aber, an welcher das Vorhandensein der gemeinsamen Rechtsüberzeugung erkannt werden soll, setzt zuerst

1) L. 2. C. h. t.; c. 4. D. 11.; c. 11. X. d. consuetud. I, 4.; c. 1. in VI. d. constit. I, 2.

Digitized by Google

vor Allem eine Mehrzahl von Handlungen voraus. Dies Erforderniß der Mehrzahl liegt so sehr in der Natur der Sache, daß es sich kaum begreifen läßt, wie doch einige Rechtsgelehrten schon einen einzigen Akt haben für hinreichend achten können [2]). Aber wie viele Handlungen erforderlich sind, das eben ist die Frage. Mehre Rechtsgelehrten halten schon zwei Handlungen für genügend. Allein schon der gemeine Verstand lehnt sich dagegen auf, eine so geringe Zahl von Handlungen für eine Gewohnheit gelten zu lassen. Ueberdies aber fordert das Römische Recht [3]) zur **consuetudo** ausdrücklich, daß etwas »**frequenter**« geschehen sei. Wie viele Handlungen über zwei nun aber nothwendig sind, dafür findet sich eine allgemeine Regel weder in der Natur der Sache, noch auch in gesetzlichen Bestimmungen, sondern man muß es in jedem einzelnen Falle dem **arbitrium judicis** überlassen zu beurtheilen, ob eine hinreichende Zahl von Handlungen vorliege. Dies ist denn auch heutiges Tages die herrschende Meinung von der Sache.

Zweitens: diese mehren Handlungen müssen gleichförmig sein, denn nur in gleichförmigen Handlungen kann eine Regel sich kund geben. Dabei entsteht denn nun aber die Frage, ob aus solchen gleichförmigen Handlungen auch dann auf das Vorhandensein eines Gewohnheitsrechts geschlossen werden könne, wenn sich neben denselben andere mit ihnen in Widerstreit stehende Handlungen nachweisen lassen? Man pflegt diese Frage auch so auszudrücken: müssen die **actus continui, non interrupti actus** sein? Einige Rechtsgelehrten haben behauptet, daß schon Eine einzige ungleichförmige Handlung die Annahme eines Gewohnheitsrechtes ausschließe. Die meisten heutigen Juristen dagegen sind anderer Meinung: sie halten Eine, ja selbst mehre ungleichförmige Handlungen für kein absolutes Hinderniß, indem sie von folgender, gewiß richtiger Ansicht ausgehen: Um von einer Handlungsweise sagen zu können, sie sei zur Gewohnheit geworden, ist es genug, daß sie die herrschende Handlungsweise ist; wenige einzelne Ausnahmen heben den Begriff der Gewohn-

2) Siehe die v. Glück, I. p. 455. n. 68. angeführten.

3) L. 1. C. h. t.

heit nicht auf. Diesem stehen auch die Aeußerungen unsrer Quellen [4]) nicht entgegen. Hier kommt freilich der Ausdruck vor »servata tenaciter consuetudo«; allein wir sind weder genöthigt, noch selbst befugt, das Wort tenaciter in dem Sinne zu nehmen, daß dadurch jede Abweichung schlechthin ausgeschlossen würde.

Drittens: man pflegt zu sagen: die Handlungen, aus welchen die Existenz eines Gewohnheitsrechts hervorgehen soll, müssen vorgenommen sein **ex opinione juris, necessitatis, obligationis.** Dieser Satz hat wohl gelegentlich zu Mißverständnissen geführt. Richtig aber ist er, wenn man ihn so versteht: die vorgenommenen Handlungen müssen durch die Ueberzeugung motivirt sein, daß sie einer bestehenden Rechtsnorm entsprechen; sie müssen auf dem Anerkenntnisse dieser Rechtsnorm beruhen. Daher können denn erzwungene Handlungen nicht in Betracht kommen, und eben so wenig solche freie Handlungen, welche aus rein subjectiven Beweggründen vorgenommen sind, z. B. aus bloßer Gefälligkeit.

Viertens: die Beobachtung der in Frage stehenden Regel muß eine geraume Zeit hindurch fortgesetzt worden sein. Einige zwar wollen dies Erforderniß in Abrede stellen, allein für dasselbe spricht schon die Natur der Sache. Die Ueberzeugung von der Richtigkeit der befolgten Regel muß sich doch festgesetzt haben; daß dies geschehen sei, wird sich aber nur unter der Voraussetzung dauernder Befolgung annehmen lassen. Und auch in den Gesetzen wird überall nur der **longa [antiquitus probata, inveterata, diuturna] consuetudo** verbindliche Kraft beigelegt [5]). Wie viele Zeit nun aber erforderlich sei, darüber gibt das Römische Recht durchaus keine nähere und bestimmte Auskunft. Im **Corpus juris Canonici** ist allerdings gelegentlich die Rede davon, daß eine **consuetudo legitime**, desgleichen, daß sie **canonice praescripta** sein müsse: allein die hier in Betracht kommenden Stellen haben zum Theil überall keine Beziehung auf

4) L. ult. C. h. t. »Leges quoque ipsas antiquitus probata et servata tenaciter consuetudo imitatur et retinet — —.« —

5) L. 32. §. 1. L. 33. L. 35. D. L. 1. L. 3. C. h. t.

Digitized by Google

das Gewohnheitsrecht, indem der Ausdruck **consuetudo** in ihnen in dem Sinne gebraucht wird, da er die Ausübung eines Rechts zum Behuf der erwerbenden Verjährung bezeichnet [6]), und auch in derjenigen Stelle [7]), welche allerdings von dem Gewohnheitsrechte spricht und fordert, daß die **consuetudo legitime praescripta** sein müsse, ist dieser Ausdruck so unbestimmt, daß er die Dauer der Zeit durchaus zweifelhaft läßt. Das Richtige ist entschieden dies, daß auch hier, wie bei der Anzahl der Handlungen, Alles dem **arbitrium judicis** anheimgestellt bleibt. So im gemeinen Rechte, denn in Particularrechten finden wir hin und wieder allerdings eine bestimmte Zeit festgesetzt.

Dies nun sind die Erfordernisse, auf welche es in der That ankommt. In manchen Büchern aber werden noch andere Erfordernisse angeführt. Es ist nöthig, hier auch diese zu bezeichnen, um den Ungrund derselben bemerklich zu machen.

Zuerst gehört dahin das angebliche Erforderniß einer zwar nur stillschweigenden, aber doch speciellen Genehmigung von Seiten der gesetzgebenden Gewalt. Der Gesetzgeber, sagt man, muß die einzelne, gerade in Rede stehende Gewohnheit kennen, und dadurch, daß er nichts dagegen thut, sie speciell genehmigen. Dies fordern Einige schlechthin, Andere nur bei solchen Gewohnheiten, welche bestehenden Gesetzen widerstreiten. Noch Andere aber sind der Meinung, daß es auf eine specielle Genehmigung von Seiten des Gesetzgebers überall gar nicht ankomme; und diese Meinung ist gewiß die richtige. Denn die Natur der Sache erfordert die specielle Genehmigung des Gesetzgebers nicht, weshalb ich Bezug nehme auf das im §. 23. Vorgetragene; und in den Gesetzen ist dieses Erforderniß auch nirgends speciell vorgeschrieben, vielmehr wird darin [8]) das Gegentheil ausdrücklich anerkannt.

Zweitens. Einige sagen: die Handlungen, woraus die

6) c. 3. in VI. d. consuetud. I, 4. c. 9. in VI. d. offic. ordinarii I, 16.

7) c. 11. X. d. consuet. I, 4. »— — — Licet etiam longaevae consuetudinis non sit vilis auctoritas; non tamen est usque adeo valitura, ut vel juri positivo debeat praejudicium generare: nisi fuerit rationabilis et **legitime sit praescripta.**«

8) c. 1. in VI. d. constitut. I, 2.

Digitized by Google

Existenz eines Gewohnheitsrechts hervorgehen soll, müssen öffentliche Handlungen sein, actus publici. Wäre damit bloß dieses gemeint, daß die Handlungen nicht eigens verheimlicht, daß sie unversteckte, unverholene Handlungen sein sollen, so läge darin allerdings etwas Richtiges, und man würde nur sagen können, die Sache verstehe sich viel zu sehr von selbst, als daß sie besonders hervorgehoben zu werden brauche. Aber man fordert mehr als dies: die Handlungen sollen mit der Oeffentlichkeit vorgenommen sein, daß sie zur Kunde Vieler, namentlich zur Kunde des Gesetzgebers haben gelangen können; man bringt nämlich dieses Erforderniß mit dem vorhin angeführten in Verbindung. In diesem Sinne nun ist das Erforderniß der Oeffentlichkeit weder in der Natur der Sache, noch in besonderen gesetzlichen Bestimmungen gegründet.

Drittens sind Einige der Meinung, es dürfe der Gewohnheit kein Irrthum zum Grunde liegen. Auch hier läßt sich an etwas Wahres denken, nämlich an dasjenige, was gleich zu Anfange dieses Paragraphen gesagt wurde, daß das geradezu Unvernünftige mit dem Begriffe einer Rechtsgewohnheit im Widerspruch stehe. Aber daß überall kein Irrthum im Spiele sein dürfe, das ist eine grundlose Behauptung. Man beruft sich zwar auf L. 39. D. h. t. [9]). Aber diese Stelle beweis't dasjenige, wofür sie angeführt wird, keineswegs. Vielmehr soll darin bloß Folgendes gesagt werden: eine Rechtsgewohnheit, welche auf irrigen, dem Geiste des sonst bestehenden Rechts zuwiderlaufenden Vorstellungen beruhet, ist nur auf solche Fälle anzuwenden, worauf sie unmittelbar sich bezieht, nicht aber auf andere, diesen bloß ähnliche Fälle. Mit andern Worten: eine solche Rechtsgewohnheit ist als etwas Singuläres zu betrachten, woraus sich eben deshalb keine Analogien ableiten lassen. Der in der Stelle vorkommende Ausdruck ratio ist hier in dem Sinne von ratio juris zu nehmen.

Ein viertes grundloses Erforderniß ist es, wenn man zur

9) »Quod non ratione introductum, sed errore primum, deinde consuetudine obtentum est, in aliis similibus non obtinet.«

Gültigkeit einer Rechtsgewohnheit verlangt, daß dieselbe als bestehend in einer richterlichen Entscheidung anerkannt sei. Einige fordern eine solche Bestätigung durch richterliches Erkenntniß für jede Rechtsgewohnheit, Andere nur für gewisse Rechtsgewohnheiten, namentlich für solche, wodurch Gesetze aufgehoben werden sollen. Die einzige Stelle, aus welcher man dies Erforderniß ableiten zu können glaubt, ist die in der Note [10]) angeführte. Offenbar spricht nun aber diese Stelle gar nicht von etwas, das für die Gültigkeit einer Rechtsgewohnheit nothwendig sei; sondern von etwas, worauf vorzugsweise dann Rücksicht zu nehmen sei, wenn es darauf ankomme, sich von der Existenz einer Rechtsgewohnheit zu versichern. Da, meint der Jurist, solle man sich vor Allem danach umsehen, ob etwa die Existenz der Gewohnheit früher schon Gegenstand eines Rechtsstreits gewesen, und in dem darauf erfolgten Urtheile anerkannt worden sei. Denn ist dieses geschehen, so wird dadurch die Vermuthung begründet, daß es mit der Existenz der Gewohnheit seine Richtigkeit habe. Hiernach werden wir also sagen müssen: das Erforderniß, von welchem hier die Rede ist, hat keinen gesetzlichen Grund. Aber es ist auch nicht in der Natur der Sache gegründet; vielmehr enthält es einen inneren Widerspruch: eine Rechtsgewohnheit soll erst dann gültig sein, wenn der Richter danach gesprochen hat, und doch darf der Richter nicht eher danach sprechen, als bis sie gültig ist: das ist doch wohl offenbar in sich widersprechend!

§. 25.

b. Verbindende Kraft.

Hier muß zunächst unterschieden werden zwischen der intensiven und zwischen der extensiven Kraft des Gewohnheitsrechts.

In Beziehung auf die intensive Kraft des Gewohnheitsrechts ist der Grundsatz, von welchem wir ausgehen müssen, dieser:

10) L. 34. D. h. t. »Cum de consuetudine civitatis vel provinciae confidere quis videtur, primum quidem illud explorandum arbitror, an etiam contradicto aliquando judicio consuetudo firmata sit.«

Digitized by Google

das Gewohnheitsrecht hat mit dem Gesetze gleiche Kraft [1]). Die Folgerungen aber, welche sich daraus ergeben, sind diese: 1. durch das Gewohnheitsrecht kann eine neue Rechtsnorm eingeführt werden. Dies ist dann auch unbestritten. Aber 2. es kann durch das Gewohnheitsrecht auch eine bestehende Rechtsnorm, und namentlich ein bestehendes Gesetz aufgehoben werden: und diese letzte Folgerung wird in unsern Quellen ausdrücklich anerkannt [2]). Nichtsdestoweniger sind die neueren Rechtsgelehrten darüber, ob ein Gesetz durch Gewohnheitsrecht aufgehoben werden könne, verschiedener Meinung. Die Einen sind mit Recht entschieden dafür, Andere sind dagegen [3]). Die Ansichten dieser Letzteren sind nun aber wieder auf mancherlei Weise verschieden modificirt. So läugnen z. B. Manche nur dieses, daß prohibitive Gesetze durch Gewohnheitsrecht aufgehoben werden können: dagegen verwirft Thibaut [4]) alle den Gesetzen widerstreitende Gewohnheiten, wenn sie nicht speciell von dem Gesetzgeber genehmigt, oder eine unvordenkliche Zeit hindurch ausgeübt sind. Es würde zu weit führen, wenn ich mich auf eine nähere Erörterung der hier angedeuteten Meinungen einlassen wollte. Dagegen ist es allerdings nothwendig, diejenigen Stellen unserer Rechtsbücher selbst einer näheren Betrachtung zu unterwerfen, welche auf den ersten Blick gegen die zu Anfange aufgestellte Ansicht Zweifel erregen können. Die hieher gehörigen Stellen des Römischen Rechts sind folgende:

1. L. 32. pr. D. h. t. [5]). Hiernach könnte es scheinen: das

1) L. 32. §. 1. D. h. t. »Inveterata consuetudo pro lege non immerito custoditur — —.« L. 35. D. L. 3. C. h. t. §. 9. I. d. jure N. G. et C. I, 2.

2) L. 32. §. 1. i. f. D. h. t. » —. Quare rectissime etiam illud receptum est, ut leges non solum suffragio legislatoris, sed etiam tacito consensu omnium per desuetudinem abrogentur.« §. 11. I. tit. cit.

3) Dafür sind entschieden unter Anderen: Averanius, Interpretationes. Lib. II. c. 1., und um nur einige der neuesten Schriftsteller anzuführen: Gesterding im Archiv f. d. civilist. Praxis. Bd. III. S. 272. folg.; Wening, gem. Civilr. I. B. 1. §. 10.; Mühlenbruch, Pand. §. 39. — Dagegen sind unter Anderen: Klöpfer, Versuch eines Beitrags zur Revision der Theorie vom Gewohnheitsrecht. (Jena. 1813.) Schweppe, Röm. Privatr. §. 34. Thib. Pand. §. 17.

4) a. a. O. §. 17. — Glück, I. S. 515. folg. erklärt sich so über die Sache: Gewohnheiten, welche geschriebenen Gesetzen geradezu widerstreiten, müssen durchaus in specie von dem Landesherrn gebilligt sein. Er scheint jedoch nur eine stillschweigende Genehmigung zu fordern.

5) L. 32. pr. D. h. t.: »De quibus causis scriptis legibus

Gewohnheitsrecht kann die Gesetze nur ergänzen, nicht aufheben. Aber gerade in dem §. 1. dieser Stelle wird der desuetudo ausdrücklich die Kraft beigelegt, leges aufzuheben. Daher dürfen die Worte: »de quibus causis scriptis legibus non utimur« nicht so übersetzt werden: „in Sachen, worüber es an Gesetzen fehlt", sondern so: „in Sachen, worin Gesetze uns nicht zur Richtschnur dienen." Darauf weis't auch schon der Ausdruck »non utimur« hin. Daß aber Gesetze nicht zur Richtschnur dienen, dies kann seinen Grund in zweierlei haben: einmal darin, daß Gesetze überall nicht vorhanden sind, dann aber auch darin, daß die vorhandenen außer Gebrauch gekommen sind.

2. L. 33. D. eod. [6]) Der Zweifel und die Lösung sind dieselben, wie bei der vorigen Stelle.

3. L. 38. D. eod. [7]) In dieser Stelle wird ein Rescript des Severus angeführt, worin es heißt: »in ambiguitatibus, quae ex legibus proficiscuntur, consuetudinem — — vim legis obtinere debere.« Also könnte man denken, das Gewohnheitsrecht gilt etwas nur in ambiguitatibus, nicht aber da, wo ein klares, entschiedenes Gesetz vorhanden ist. Aber es ist zu erwägen, daß wir hier kein allgemeines Gesetz über die Geltung des Gewohnheitsrechts überhaupt vor uns haben, sondern ein Rescript. Es lag also eine bestimmte Anfrage zu Grunde; es war gerade von ambiguitatibus die Rede, und so bezog sich denn auch nur hierauf die Antwort. Durch das, was von der Geltung des Gewohnheitsrechts bei ambiguitatibus gesagt wird, ist demnach die Geltung desselben in anderer Beziehung nicht ausgeschlossen. Wir haben also hier einen Fall, in dem sich von dem argumentum a contrario kein Gebrauch machen läßt.

4. Es ist noch dieses Orts die L. 2. C. h. t. [8]), und zwar ist

non utimur, id custodiri oportet, quod moribus et consuetudine inductum est . . . . . «

6) L. 33. D. eod.: »Diuturna consuetudo pro jure et lege in his, quae non ex scripto descendunt, observari solet.«

7) L. 38. D. eod.: »Nam Imperator noster Severus rescripsit, in ambiguitatibus, quae ex legibus proficiscuntur, consuetudinem, aut rerum perpetuo similiter judicatarum auctoritatem vim legis obtinere debere.«

8) L. 2. C. h. t.: »Consuetudinis ususque longaevi non vilis auctoritas est, verum non usque adeo sui valitura momento, ut aut rationem vincat, aut legem.«

Digitized by Google

es dieſe Stelle vornämlich, welche von den Gegnern urgirt wird. Die Stelle enthält ein Reſcript des Inhalts: Wenngleich die Kraft (auctoritas) der Gewohnheit und langjährigen Gebrauchs (usus longaevi) nicht gering anzuſchlagen ſei, ſo ſei dieſelbe dennoch nicht von ſolcher Stärke, »ut aut rationem vincat, aut legem.« Alſo zweierlei wird in dieſer Stelle berückſichtigt: das Verhältniß des Gewohnheitsrechts zur ratio, hier Vernunft, und das Verhältniß deſſelben zur lex. Jenes geht uns gegenwärtig nichts an; es iſt davon ſchon in dem vorigen Paragraphen die Rede geweſen. Wir bleiben alſo ſtehen bei dem Verhältniß zur lex. Was ſagt nun darüber unſere Stelle? Die Gegner meinen, die Stelle ſage geradezu, daß eine lex durch Gewohnheit nicht aufgehoben werden könne. Dieſe Behauptung iſt aber durchaus unrichtig. Die Stelle ſagt weiter nichts, als dieſes: eine langjährige Gewohnheit iſt von nicht geringer Kraft, aber die Kraft derſelben geht doch nicht ſo weit, daß die Gewohnheit, bloß weil ſie Gewohnheit iſt, mehr vermöchte, als ein Geſetz. Das allein iſt es, was die Stelle ſagt; und das iſt denn auch unſerer Anſicht vollkommen angemeſſen. Mehr als das Geſetz vermag allerdings eine durch Gewohnheit bekundete Rechtsanſicht nicht, wohl aber eben ſo viel. Dieſemnach wird eine frühere Rechtsgewohnheit gegen ein ſpäteres, dieſelbe aufhebendes Geſetz nicht geltend gemacht werden können, wohl aber die ſpätere Rechtsgewohnheit gegen das frühere Geſetz. Ich habe gleich zu Anfange bemerkt, daß unſere Stelle ein Reſcript iſt, und zwar gehört es in die Reihe derjenigen Reſcripte, in welchen die Veranlaſſung, die Anfrage ſelbſt nicht angegeben iſt. Höchſt wahrſcheinlich bezog ſich aber dies Reſcript auf einen Fall folgender Art: es war ein neues Geſetz gegeben; dieſes widerſtritt einem alten Gewohnheitsrechte, und man glaubte dieſes Gewohnheitsrecht gegen das Geſetz geltend machen zu können. Das ward nun aber durch den in dem Reſcripte aufgeſtellten Grundſatz für unſtatthaft erklärt [9]).

9) Wegen der hier entwickelten Anſicht von der wahren Bedeutung der L. 2. cit. verweiſe ich auf Höpfner, Commentar, §. 58., woſelbſt beſonders die von Weber herrührende Note 15. zu berückſichtigen iſt.

Digitized by Google

So viel über die hier in Betracht kommenden Stellen des Römischen Rechts. Es sind nun aber auch noch einige Stellen des Canonischen Rechts zu berücksichtigen:

a. c. 5. pr. D. 1. [10]). Diese Stelle enthält folgende Definition der consuetudo: sie sei ein jus moribus institutum, welches in Ermangelung von Gesetzen die Stelle derselben vertrete. Nach dieser Definition scheint die Wirksamkeit des Gewohnheitsrechts darauf beschränkt, die Lücken der Gesetzgebung auszufüllen: und wäre dem so, so würde allerdings folgen, daß das Gewohnheitsrecht kein Gesetz aufheben könne. Allein auf bloße Definitionen, welche in unsern Rechtsquellen vorkommen, ist überall kein großes Gewicht zu legen; sie sind höchst selten genau. Hier kommt hinzu, daß unsere Definition aus einem nicht juristischen Schriftsteller, dem Isidorus, entlehnt ist, dem es nur darauf ankam, von dem Gewohnheitsrecht einen ungefähren Begriff zu geben. Es war daher natürlich, daß er vorzugsweise den Fall ins Auge faßte, der bei dem Gewohnheitsrechte am häufigsten vorkommt. Auf eine genaue Bestimmung des Umfangs, in welchem das Gewohnheitsrecht sich wirksam erweise, war es durchaus nicht abgesehen, und so läßt sich denn aus dieser Stelle durchaus nicht der Schluß ziehen, daß die consuetudo nur da eintrete, wo es an einem Gesetze fehle.

b. c. 4. D. 11. Diese Stelle ist eine wörtliche Wiederholung des Rescripts, welches unter Nr 4. erörtert worden ist.

c. Eben dieses Rescript liegt auch dem c. 11. X. de consuetudine. I, 4. zu Grunde, dessen in anderer Beziehung schon im vorigen Paragraphen gedacht ist [11]); doch ist das Rescript darin nicht wörtlich enthalten. Es wird in der Stelle Folgendes gesagt: obgleich eine longaeva consuetudo keine geringe Auctorität hat, so geht ihr Ansehen doch nicht so weit, daß dadurch das positive Recht abgeändert werden könnte, ausgenommen wenn die Gewohnheit rationabilis ist, und legitime praescripta. Gegen unsern Satz beweis't diese Stelle nichts: denn

10) »Consuetudo autem est jus quoddam moribus institutum, quod pro lege suscipitur, cum deficit lex.«

11) S. §. 24. Not. 7.

Digitized by Google

auch wir legen ja eine aufhebende Kraft nur einer solchen Gewohnheit bei, welche rationabilis ist, und durch die Dauer sich bewährt hat.

Was nun die extensive Kraft des Gewohnheitsrechts betrifft, so läßt sich das, was hierüber zu sagen ist, in folgende Sätze zusammenfassen: 1. Die Gültigkeit einer Gewohnheit ist beschränkt auf den Bezirk, innerhalb dessen sie befolgt worden ist. 2. Eine Gewohnheit, die nur von einer gewissen Classe von Personen beobachtet worden ist, hat auch nur für diese rechtliche Bedeutung. 3. Wie ein Gesetz, so kann auch eine Rechtsgewohnheit durch ein später eingeführtes Recht ihre Kraft verlieren, dieses spätere Recht mag nun auf einem Gesetze, oder ebenfalls auf der Gewohnheit beruhen.

§. 26.

c. Beweis.

Wenn Jemand sich in einem Rechtsstreite auf eine Rechtsgewohnheit beruft, deren Existenz der Gegner in Abrede stellt, so kommt es darauf an, ob die Gewohnheit notorisch ist, oder nicht. Ist sie notorisch, so kann der Widerspruch des Gegners nicht berücksichtiget werden. In Betreff einer in einem fremden Bezirke geltenden Rechtsgewohnheit kann die Notorietät durch ein Zeugniß des dortigen Gerichts constatirt werden. Fehlt es an der Notorietät, so muß derjenige, welcher sich auf die Rechtsgewohnheit beruft, den Beweis führen. Von dieser Nothwendigkeit der Beweisführung wird er dadurch keineswegs befreiet, daß etwa früherhin in einem anderweitigen Processe, in welchem die Existenz der behaupteten Gewohnheit ebenfalls bestritten worden, in Gemäßheit derselben erkannt ist. Allerdings begründet indessen ein solches früheres Erkenntniß eine starke Vermuthung und dient daher zur Erleichterung des Beweises. In diesem Sinne sprechen sich daher auch unsere Rechtsquellen hierüber aus [1]).

Das Thema des Beweises besteht darin: es muß eine Mehrzahl von Fällen nachgewiesen werden, in welchen die streitige

1) L. 34. D. h. t. S. §. 24. Note 10.

Digitized by Google

Rechtsnorm als solche beobachtet worden ist; zugleich muß die Zeit, in der diese Fälle sich ereignet haben, nachgewiesen werden, damit der Richter in den Stand gesetzt werde, zu beurtheilen, ob das Erforderniß der Dauer vorhanden sei. Daß kein entgegengesetzter Fall vorgekommen sei, desgleichen, daß die Gewohnheit keine vernunftwidrige sei, das ist nicht Gegenstand des Beweises; vielmehr verhält es sich damit so: behauptet der Gegner, es seien entgegengesetzte Fälle vorgekommen, oder die Gewohnheit sei **rationi contraria**, so ist es seine Sache, die Richtigkeit dieser Behauptungen darzuthun.

Was endlich die Beweismittel betrifft, so finden die sonst und in anderen Fällen zulässigen Beweismittel auch hier Anwendung. Namentlich kann der Beweis auch durch Atteste der Obrigkeit geführt werden, inwieweit diese bestimmte einzelne Fälle bezeichnen, die der behaupteten Gewohnheit entsprechen [2]).

§. 27.

γ. Gerichtsgebrauch.

Schon im §. 23. habe ich bemerkt, daß der Ausdruck „Gerichtsgebrauch" sowohl für die hier in Rede stehende Art des Gewohnheitsrechtes selbst, als für die Anwendung desselben gebraucht wird. In der einen, wie in der anderen Bedeutung, kann er entweder die Form des gerichtlichen Verfahrens, oder das materielle Recht betreffen. In jenem Falle wird er formeller, in diesem materieller Gerichtsgebrauch genannt. Dieser letzte ist es, welcher uns vorzugsweise interessirt. Auf ihn will ich mich daher beschränken.

Zuerst von den Erfordernissen: Im Ganzen findet die Analogie desjenigen Statt, was in dem §. 24. über die Erfordernisse des Gewohnheitsrechts im engeren Sinne gesagt ist. Das Eigenthümliche aber ist dieses:

Was die Rechtsnorm selbst anbetrifft, für welche man sich auf den Gerichtsgebrauch berufen will, so muß nicht nur bei dem

2) Uebrigens verdienen über den Beweis des Gewohnheitsrechts verglichen zu werden: Thibaut, Pand. §. 20. Wening, gem. Civilr. I. B. I. §. 12. Schweppe, Röm. Privatr. §. 35. Glück, I. S. 476. folg.

Digitized by Google

Gerichte die Ueberzeugung von ihrer Richtigkeit sich festgesetzt haben, sondern es muß überdies bei denjenigen, welche unter der Jurisdiction des Gerichts stehen, die Erwartung begründet sein, daß jene Norm den Aussprüchen des Gerichts werde zum Grunde gelegt werden. Und daß es sich auf diese Weise verhalte, das wird erkannt an dem Vorhandensein einer Reihe gleichförmiger, in Wirksamkeit getretener Entscheidungen des Gerichts; es werden also, um mit unserer Quelle zu reden, vorausgesetzt **res perpetuo similiter judicatae.**

Zweitens ist nunmehr von der verbindenden Kraft des Gerichtsgebrauchs zu reden. Wie bei dem Gewohnheitsrecht im engern Sinn, so ist auch hier theils auf das Intensive, theils auf das Extensive Rücksicht zu nehmen. Anlangend die intensive Kraft desselben, so ergibt sich aus den Aeußerungen unserer Quellen [1]), daß der Gerichtsgebrauch in Fällen, worüber es an einer anderweitigen Norm überhaupt fehlt, oder wo der Sinn und die Bedeutung einer solchen anderweitigen Norm zweifelhaft ist, die volle Kraft eines Gesetzes hat. Aber eine aufhebende Kraft können wir dem Gerichtsgebrauch nicht beilegen, da Justinian in einer Constitution des Codex [2]) ausdrücklich anweis't, nicht nach dem Beispiele früherer Entscheidungen, sondern nach den Gesetzen Recht zu sprechen [3]). Dennoch lehrt die Erfahrung, daß gar manche vorhandene Rechtsvorschriften ungeachtet ihrer Bestimmtheit und Unzweideutigkeit in den Urtheilssprüchen der Gerichte bei Seite gesetzt werden. In seinem Beginne nun ist ein solches Verfahren allerdings nicht zu rechtfertigen. Wenn es indessen eine lange Zeit hindurch fortgesetzt ist, wenn sich die öffentliche

1) L. 38. D. h. t. S. oben §. 25. Not. 7.

2) L. 13. C. d. sentent. et interlocut. VII, 45. »Nemo judex vel arbiter existimet, neque consultationes, quas non rite judicatas esse putaverit, sequendum, et multo magis sententias eminentissimorum Praefectorum, vel aliorum procerum. Non enim si quid non bene dirimatur, hoc et in aliorum judicum vitium extendi oportet, quum non exemplis, sed legibus judicandum sit, neque si cognitionales sint amplissimae Praefecturae, vel alicujus maximi magistratus prolatae sententiae: sed omnes judices nostros veritatem et legum et justitiae sequi vestigia sancimus.«

3) Macht nicht auch schon die Natur der Sache einen Unterschied? Der Richter ist ja eigens dazu da, das bestehende Recht anzuwenden.

Digitized by Google

Stimme dafür erklärt hat, und wenn es ungeachtet seiner Offenkundigkeit von der höchsten Gewalt nicht gerügt worden ist, so darf man annehmen, daß diese es hinterdrein stillschweigend gebilligt habe. Und aus diesem Gesichtspunkte läßt sich denn die Beibehaltung eines solchen Gerichtsgebrauches rechtfertigen. Beispiele dieser Art sind besonders häufig auf dem Gebiete unseres heutigen Criminalrechts. — Was aber die extensive Kraft des Gerichtsgebrauchs betrifft, so ist die Regel allerdings die, daß jedes einzelne Gericht nur an seinen eigenen Gebrauch gebunden ist; der Gebrauch eines Obergerichts ist indessen bindend auch für die demselben untergeordneten Gerichte [4]).

Zum Beschlusse ist jetzt noch Folgendes zu bemerken: Der Gerichtsgebrauch wird häufig mit dem Ausdrucke Praxis bezeichnet. Ist nun von einem allgemeinen Gebrauche der Gerichte überhaupt die Rede, so bedient man sich des Ausdrucks „gemeine Praxis", oder man braucht dafür auch wohl den Ausdruck Praxis schlechthin, im eminenten Sinne des Worts. Nur solche Rechtsnormen, welche eine entschiedene Praxis dieser Art für sich haben, können auf dem Gebiete des gemeinen Rechts als eigentlich bindend betrachtet werden. Indessen ist doch auch die Kenntniß desjenigen, wovon sich nur sagen läßt, daß es in den meisten Gerichten beobachtet wird, nicht ohne Werth. Ein in vielen Gerichten herrschender Gebrauch hat doch immer die Vermuthung für sich, daß er auf nicht ganz verwerflichen Gründen beruhe. Uebrigens wird wohl manches Mal etwas für gemeine Praxis ausgegeben, was nicht dahin gehört. Und überhaupt dürfte es bei dem Meisten, was als Resultat der gemeinen Praxis bezeichnet wird, schwer fallen, einen strengen Beweis zu führen, daß es in der That in allen Gerichten angenommen sei. Daher bleibt denn in der Verweisung auf die gemeinrechtliche Praxis mehrentheils etwas Unsicheres; und es wäre wohl zu wünschen, daß darüber einmal eine sorgfältige und erschöpfende Untersuchung angestellt würde.

4) (Dem Römischen Rechte ist jedoch diese Ansicht fremd: vergleiche die Stelle in Note 2.)

Digitized by Google

III. Anwendung positiver Rechtssätze.
(§. §. 28-31.)

A. Außer dem Fall einer Collision.

§. 28.

a. In Ansehung der Personen.

Die hier geltende Regel ist im Allgemeinen diese: die in einem Lande geltenden Rechtsgrundsätze sind anwendbar auf einen Jeden, der zu der Regierung des Landes in dem Unterthanen-Nexus steht. In diesem aber steht unter gewissen Voraussetzungen und in gewissen Beziehungen auch der Fremde, worüber das Nähere sich aus dem §. 31. ergeben wird. Nun aber entsteht die Frage: ist denn bloß der Unterthan dem im Lande geltenden positiven Rechte unterworfen — ist nicht auch der Regent daran gebunden? Unter dem Regenten aber verstehe ich hier das Subject der höchsten Gewalt, gleichviel, ob dieses Subject ein einzelnes Individuum ist, oder von einer Mehrzahl von Individuen gebildet wird.

Zunächst nun wollen wir bloß die Natur der Sache zu Rathe ziehen. Und da werden wir denn sagen müssen: der Regent als solcher ist an die Grundgesetze, d. h. an die Gesetze der Verfassung, inwieweit dergleichen überhaupt vorhanden sind, und für unabänderlich gelten, allerdings gebunden, aber auch nur an diese. Andere Gesetze ist er abzuändern, aufzuheben berechtigt. — Wenn wir dagegen den Regenten nicht als solchen ins Auge fassen, sondern in seiner Eigenschaft als **Privatus**, so ist im Allgemeinen kein Grund vorhanden, zwischen ihm und anderen Privatpersonen einen Unterschied zu machen.

Ich sagte, im Allgemeinen: anders verhält es sich jedoch in dem besonderen Falle, da der Regent ein einzelnes Individuum ist. Nämlich: inwieweit der Monarch das Recht hat, andere Individuen von der Befolgung gesetzlicher Bestimmungen zu dispensiren, insoweit hat er es natürlich auch in Beziehung auf sich selbst; und sonach ist er, so weit dieses Dispensationsrecht reicht, an die gesetzlichen Bestimmungen nicht gebunden. Das Dispensationsrecht aber ist überhaupt der Beschränkung unterwor-

Digitized by Google

fen, daß es nicht zum Nachtheil der wohlerworbenen Rechte dritter Personen ausgeübt werden darf. Und hieraus ergibt sich denn die Folge, daß der Monarch, obschon nicht schlechthin, so doch da an die gesetzlichen Bestimmungen gebunden ist', wo seine Privatinteressen mit den wohlerworbenen Rechten seiner Unterthanen collidiren. Ich sage, hier ist er gebunden, nämlich rechtlicher Weise: die factische Realität desjenigen, was das Recht fordert, wird freilich immer nur von dem guten Willen des Monarchen abhängen.

So viel über die Natur der Sache. Sehen wir uns nun aber ferner um nach den Bestimmungen des positiven Rechts, so finden wir im späteren Römischen Rechte allerdings den Grundsatz aufgestellt: »**Princeps legibus solutus est**« [1]). Daneben wird dann aber zugleich in mehren Stellen [2]) gesagt, daß der **Princeps**, obschon **de jure** an kein Gesetz gebunden, sich dennoch **de facto** freiwillig zu unterwerfen pflege. Das Gesagte bezog sich auf das Römische Recht. Heutiges Tages ist es in Deutschland Regel, daß privatrechtliche Streitigkeiten des Regenten mit seinen Unterthanen vor dessen eigenen Gerichten verhandelt und von diesen nach den bestehenden gesetzlichen Bestimmungen entschieden werden.

b. In Ansehung der zu beurtheilenden Fälle.

§. 29.

α. Zeitverhältniß [1]).

Vornämlich kommt das Zeitverhältniß bei Gesetzen in Betracht, da bei diesen die Zeit der Entstehung sich pflegt bestimmt nachweisen zu lassen, was bei dem Gewohnheitsrechte nicht der

1) L. 31. D. d. legib. I, 3.

2) §. ult. I. quib. mod. testam. II, 17. » — — Secundum haec divi quoque Severus et Antoninus saepissime rescripserunt: **licet enim** (inquiunt) **legibus soluti sumus, attamen legibus vivimus.**« — L. 3. C. d. testam. VI, 23. L. 4. C. d. legib. I, 14. »Digna vox est majestate regnantis, legibus alligatum se principem profiteri; adeo de auctoritate juris nostra pendet auctoritas. Et revera majus imperio est, submittere legibus principatum — —.«

1) Friedr. Bergmann, Das Verbot der rückwirkenden Kraft neuer Gesetze im Privatrechte. Hannover, 1818. 8.

Digitized by Google

Fall ist, wo das Zeitverhältniß sich nur im Großen, nicht nach kleineren Zeitabschnitten bestimmen läßt. So viel nun aber die Gesetze betrifft, so ist der allgemeine Grundsatz dieser: Nur für künftige Fälle gibt das Gesetz die Norm der Entscheidung an die Hand: auf frühere Fälle, auf facta praeterita findet es keine Anwendung. Dieser Grundsatz findet sich in unsern Quellen [2]) so entschieden ausgesprochen, daß über die Gültigkeit desselben an und für sich gar kein Streit sein kann. Aber so einfach der Grundsatz auch lautet, so leicht auf den ersten Blick seine Anwendung zu sein scheint, so stößt man doch bei der Anwendung desselben auf nicht geringe Schwierigkeiten. Und daher sind denn auch die Rechtsgelehrten über die eigentliche Bedeutung desselben und über die Grenzen seiner Anwendung keineswegs einig. Die bedeutendste Schrift unter den vielen, die wir über diesen Gegenstand besitzen, ist die in der Note 1. angeführte von Bergmann. Dieser bestimmt die Bedeutung unseres Grundsatzes folgender Maßen [3]):

„Die Folgen, für welche Jemand von einer in der Vor„zeit liegenden concreten Rechtserwerbung, oder sonstigen „concreten Thatsache nach den damaligen Rechtsnormen „rechtlichen Schutz erwartete, oder doch erwarten durfte „— diese Folgen sollen durch das neue Gesetz nicht zu „seinem Nachtheile verändert werden."

Ich werde nun eine Reihe einzelner Bemerkungen folgen lassen, welche theils Folgesätze aus dem Gesagten enthalten, theils sonst zur Erläuterung desselben dienen werden:

1. Denken wir uns, daß die Gültigkeit eines Rechtsgeschäfts von der Beobachtung einer gewissen Form abhängt, daß diese Form aber durch ein neues Gesetz anders bestimmt wird, als das frühere Recht sie bestimmte. Wenn ein solches Geschäft vor Promulgation des neuen Gesetzes in der früheren damals vorgeschriebenen Form vorgenommen ist, so bleibt es gültig nach

2) L. 7. C. d. legib. I, 14. »Leges et constitutiones futuris, certum est, dare formam negotiis, non ad facta praeterita revocari, nisi nominatim et de praeterito tempore et adhuc pendentibus negotiis cautum sit.«

3) Bergmann a. a. O. S. 103.

Digitized by Google

wie vor. Das neue Gesetz kann darauf nicht angewandt werden: auch sehen wir dies in manchen Gesetzen unserer Rechtsquellen ausdrücklich bevorwortet [4]).

2. Nehmen wir an, es hat Jemand vor dem neuen Gesetze ein gewisses Recht erworben, dessen Eigenschaften und Wirkungen durch das neue Gesetz anders bestimmt werden, als die zur Zeit der Erwerbung geltenden Grundsätze es mit sich brachten. Nichts destoweniger werden die Eigenschaften und Wirkungen jenes Rechts fortdauernd nach den früheren Grundsätzen beurtheilt werden müssen, und zwar gilt dies namentlich auch von solchen Wirkungen, die erst in die spätere Zeit, nach Promulgation des neuen Gesetzes fallen. Auch dies sehen wir gelegentlich in einzelnen neuen Gesetzen ausdrücklich hervortreten [5]).

3. Unser Grundsatz kann nur da Anwendung finden, wo schon in der früheren Zeit irgend ein concreter Thatumstand vorhanden war, aus welchem sich rechtliche Folgen ableiten lassen. Die bloße abstracte Möglichkeit, durch gewisse Handlungen in Rechtsverhältnisse zu treten, ohne daß man in dieselben in der That bereits eingetreten war, begründet die Anwendung unsers Grundsatzes nicht. Denken wir uns z. B., gewisse Verträge waren früher erlaubt, durch ein neues Gesetz aber werden sie verboten. Hat nun Jemand einen Vertrag dieser Art früherhin wirklich bereits geschlossen, so gilt der Vertrag fortdauernd. Dagegen, wenn Einer, der damals in jener früheren Zeit bereits gelebt hat, und einen solchen Vertrag hätte schließen können, nicht aber wirklich geschlossen hat, ihn gegenwärtig eingeht, so kann er sich auf die bloße frühere Möglichkeit nicht berufen: der Vertrag ist ungültig [6]).

4. Der frühere Rechtszustand kommt in Betracht nur rück-

4) z. B. in L. 29. i. f. C. d. testam. VI, 23. — »Quae in posterum tantummodo observari censemus — — —. Quid enim antiquitas peccavit, quae praesentis legis inscia, pristinam secuta est observationem? —«

5) Nov. 22. c. 1. Das hier angedeutete Princip findet sich in folgenden Worten deutlich ausgedrückt. — — »Qui enim illis crediderunt, atque ita contraxerunt, eos nemo culpabit, quod et futurum nesciverint, et quod adparebat atque usu obtinebat, omnino crediderint, quod vero nondum factum erat, non formidaverint «

6) Sieh hierüber Bergmann a. a. O. S. 111. folg.

Digitized by Google

sichtlich solcher Rechte und Erwartungen, wofür er Sicherheit gewährte. Das ist nun aber namentlich mit denjenigen Erwartungen nicht der Fall, welche die zur Intestaterbfolge Berufenen bei dem Leben des zu Beerbenden hegen mögen. Der zu Beerbende kann testiren, und sie dadurch um alle ihre Erwartungen bringen; eben so können sie sich durch neue, später angeknüpfte Verwandtschaftsverhältnisse in ihren Erwartungen getäuscht sehen. Daher ist es Regel: die Frage, wer zur Intestaterbfolge berufen sei, ist jederzeit nach den zur Todeszeit des zu Beerbenden geltenden Grundsätzen zu beurtheilen [7]).

5. Unser Grundsatz zweckt nur darauf ab, denjenigen, welchem der frühere Rechtszustand sichere Erwartung gewährt, gegen Schaden zu bewahren. Daher steht er der Anwendung des neuen Gesetzes, inwieweit diese Vortheil gewährt, nicht im Wege, vorausgesetzt nur, daß der Vortheil des Einen gefördert werden kann, ohne daß für irgend einen Anderen Nachtheil daraus entsteht [8]).

Der eben aufgestellte allgemeine Grundsatz leidet aber manche Ausnahmen, und diesen muß ich mich jetzt zuwenden. Es sind die folgenden:

1. Declaratorische Gesetze werden zurückgezogen auf den Tag der Promulgation desjenigen Gesetzes, welches durch sie erklärt werden soll [9]).

2. Es wird ein Gesetz auf frühere Fälle bezogen, wenn dies in dem Gesetze ausdrücklich vorgeschrieben ist [10]). Dabei kann es vorkommen, daß in dem neuen Gesetze ein bestimmter Zeitpunkt angegeben ist, bis zu welchem die rückwirkende Kraft des Gesetzes sich erstrecken soll [11]).

3. Ein neues Gesetz muß auch dann rückwirkende Kraft ha-

7) Bergmann a. a. O. S. 99. folg.

8) Arg. L. 65. i. f. C. d. decurionib. X, 31. »— — quum conveniat, leges futuris regulas imponere, non praeteritis calumnias excitare.« Vgl. insbesondere Bergmann a. a. O. S. 125. folg.

9) Nov. 19. i. f. praef. »— — quum omnibus notissimum sit, ea, quae per interpretationem adjiciuntur, in illis obtinere debere, in quibus etiam legibus interpretatis locus est.« —

10) L. 7. i. f. C. d. legib. S. oben Note 2.

11) Dies ist z. B. der Fall in Nov. 118. c. 6.

Digitized by Google

ben, wenn es zwar an einer solchen ausdrücklichen Bestimmung fehlte, die Absicht des Gesetzgebers aber, dasselbe rückwärts gelten zu lassen, mit Sicherheit erkannt werden kann [12]).

Uebrigens muß ich bemerken: auch da, wo ein Gesetz rückwirkende Kraft hat, gestattet dasselbe doch keine Anwendung auf solche Fälle, welche durch Zahlung [13]), oder Vergleich, oder rechtskräftiges Erkenntniß bereits ihre vollständige Erledigung erhalten haben. Dies finden wir in mehren Gesetzen ausdrücklich bevorwortet [14]). Ja es gilt dies sogar von den Fällen, welche zur Zeit des erlassenen neuen Gesetzes noch in der Appellations-Instanz, oder sonst in der Instanz irgend eines Rechtsmittels schweben, und sonach noch nicht einmal rechtskräftig entschieden sind: der Richter, vor dem die Sache verhandelt wird, darf bei der von ihm abzugebenden Entscheidung das neue Gesetz nicht berücksichtigen [15]). Nur auf declaratorische Gesetze ist in der Appellations-Instanz allerdings Rücksicht zu nehmen [16]).

§. 30.

β. Analogie [1]).

Ueber die analoge Anwendung positiver Rechtssätze findet man in vielen Büchern irrige Vorstellungen. Um die Berichtigung dieser Vorstellungen hat sich ein großes Verdienst erworben Thibaut in der unten angeführten, schon früher erwähnten Schrift über die logische Auslegung. Nur das ist allerdings nicht zu billigen, daß auch er gleich so vielen Anderen die Analogie als eine Art der Interpretation behandelt, weshalb ich an das früherhin bereits (§. 20.) Gesagte erinnere.

Am häufigsten nun ist von der analogen Anwendung der

12) Sieh hierüber Bergmann a. a. O. S. 156. folg.

13) Zahlung wird in keinem Gesetze ausdrücklich genannt: sieh indessen Bergmann a. a. O. S. 153. folg.

14) So z. B. in L. 17. C. d. fide instrum. IV, 21. Andere Stellen sieh bei Bergmann a. a. O.

15) Nov. 115. c. 1. »Propterea sancimus, si de negotio quodam definitiva sententia feratur, et sequatur appellatio, ut illi, qui de appellatione cognoscunt, secundum eas leges negotium decidant, quae tempore sententiae definitivae obtinuerunt.« —

16) Dies folgt aus dem im Text zu Note 9. angegebenen Principe: übrigens siehe Bergmann a. a. O. S. 201. folg.

1) Thibaut, Theorie der logischen Auslegung. 1ter Th. 2te Unterabtheilung. §. §. 16-28.

Digitized by Google

Gesetze die Rede, und dabei wollen denn auch wir für's Erste stehen bleiben. Man versteht darunter die Auffindung von Regeln für Fälle, worüber es an gesetzlichen Bestimmungen fehlt, und zwar die Auffindung solcher Regeln, welche den legislatorischen Gründen der vorhandenen Gesetze entsprechen. Man sucht also ausfindig zu machen, was der Gesetzgeber angeordnet haben würde, wenn er an jene Fälle gedacht hätte. (S. §. 20.)

Es fragt sich nunmehr zuerst: was ist denn eigentlich unter einem legislatorischen Grunde, unter der **ratio legis** zu verstehen? Der legislatorische Grund eines Gesetzes ist vor Allem wohl zu unterscheiden, eines Theils von der bei der Interpretation der Gesetze zu erforschenden Absicht des Gesetzgebers, und anderen Theils von einem bloßen Entscheidungsgrunde. Was den Unterschied von der Absicht des Gesetzgebers betrifft, so habe ich diesen schon früher angegeben. Mit dem Unterschiede von einem bloßen Entscheidungsgrunde verhält es sich so: gleich dem legislatorischen Grunde ist auch der Entscheidungsgrund ein Beweggrund, aber ein Beweggrund ganz anderer Art. Nämlich: denken wir uns, es ist bereits eine als Gesetz geltende Regel vorhanden, und diese wird nun in einem neuen Gesetze auf einen darunter begriffenen Fall angewandt, so liegt in der gedachten Regel der Beweggrund, der den Gesetzgeber bei dem neuen Gesetz bestimmte; aber es ist dieser Beweggrund ein bloßer Entscheidungsgrund, eine **ratio decidendi**. Dagegen: wenn der Beweggrund, der den Gesetzgeber bestimmte, so und nicht anders zu verfügen, kein solcher ist, der selbst schon eine gesetzliche Regel in sich faßt, dann nennen wir ihn den legislatorischen Grund des Gesetzes, **ratio legis** [2]). Und dieser legislatorische Grund des Gesetzes ist es, worauf die analoge Anwendung der Gesetze beruhet. Nur müssen wir uns wohl hüten, daß wir nicht etwa dasjenige, was nur die nächste Veranlassung zu dem Gesetze gegeben hat, mit der **ratio legis** verwechseln. Jene nächste Veranlassung kann in einem rein zufälligen Umstande enthalten sein. Ein Beispiel hiezu ist das **SCtum Macedonianum**: der legisla-

2) Vgl. über diesen Unterschied Thibaut a. a. O. §. 16.

Digitized by Google

torische Grund, auf welchem dieses beruhet, ist der, daß man durch eine allgemeine gesetzliche Bestimmung den Verirrungen und Vergehungen vorbeugen wollte, wozu Kinder unter väterlicher Gewalt durch die bis dahin bestandene Leichtigkeit, Geld aufzunehmen, verleitet werden konnten. Die nächste Veranlassung aber zur Abfassung des SCtum gab bekanntlich ein einzelnes Verbrechen, ein Vatermord, dessen ein gewisser Macedo sich schuldig gemacht hatte: jenes war die **ratio**, dieses die **occasio legis**.

Zweitens entsteht nunmehr die Frage, wie die **ratio legis** auszumitteln ist. Im Allgemeinen läßt sich darüber nur sehr wenig sagen; die **ratio legis** kann in dem Gesetze selbst angegeben sein, oder wir können darüber außerdem bestimmte historische Nachrichten haben. Wo es aber an solchen speciellen Datis fehlt, da müssen wir aus der Natur der Sache, aus der Beschaffenheit der im Gesetze selbst aufgestellten Regel, aus ihrem Verhältnisse zu andern gesetzlichen Bestimmungen die **ratio**, welche den Gesetzgeber bestimmte, zu ermitteln suchen. Was nach Erwägung der angedeuteten Momente sich als dasjenige darstellt, wodurch vernünftiger Weise der Gesetzgeber bestimmt werden konnte und mußte, davon werden wir annehmen dürfen, daß es für ihn wirklich Bestimmungsgrund gewesen sei.

Zum dritten fragt es sich jetzt: welcher Gebrauch ist davon zu machen, wenn man die **ratio legis** erkannt hat? Viele gehen hier von folgendem Grundsatze aus: Sobald ein in dem Gesetze nicht berücksichtigter Fall von der Art ist, daß auf ihn derselbe Grund paßt, durch welchen das Gesetz motivirt worden ist, oder auch nur ein ähnlicher Grund, so ist die in dem Gesetze aufgestellte Regel auch auf ihn anzuwenden. Dieser Grundsatz ist nun aber insofern falsch, als ihm zufolge schon die bloße Aehnlichkeit des Grundes genügen soll [3]). Die Aehnlichkeit kennt keine Grenze, und wir sind auf dem sichersten Wege zu ungemessener Willkür, wenn wir sie zur Führerin wählen. Diejenigen, welche von ähnlichen Gründen sprechen, pflegen sich zu berufen auf **L.**

3) Wie Thibaut, a. a. O. §. 17., sehr befriedigend ausgeführt hat.

Digitized by Google

12. D. d. legib. I., 3. [4]), aber mit Unrecht: denn die similia, wovon hier die Rede ist, sind nicht ähnliche Gründe, sondern ähnliche Fälle. Und allerdings, Gleichheit der Fälle wird nicht erfordert; bei gleichen Fällen kann überall nur von unmittelbarer, nicht von analoger Anwendung die Rede sein. Also Ungleichheit der Fälle ist sogar etwas Wesentliches bei der Sache. Aber die ungleichen Fälle sollen ähnliche Fälle sein, und dazu werden sie nun eben durch die Gleichheit des Grundes. Diese ist durchaus nothwendig, und zwar völlige Gleichheit.

Denken wir uns daher, daß ein Gesetz auf mehr, als Einem Grunde beruhet. Soll dieses auf einen Fall angewandt werden, der darin nicht bezeichnet ist, so muß der Fall von der Beschaffenheit sein, daß alle jene mehren Gründe auch hinsichtlich seiner eintreten. Diese Regel leidet nur dann eine Ausnahme, wenn etwa unter jenen mehren Gründen des Gesetzes schon Einer allein als vollkommen zureichend erscheint, und dieser gerade bei dem in Frage stehenden Falle ebenfalls eintritt.

Wenn nun aber hienach ohne Gleichheit des Grundes keine analoge Anwendung des Gesetzes Statt findet, so versteht sich von selbst, daß davon da noch viel weniger die Rede sein kann, wo der zu beurtheilende Fall Eigenheiten an sich hat, die mit dem Grunde des Gesetzes sogar in Widerstreit stehen.

Außer dem schon Gesagten ist über die Grenze der analogen Anwendung noch Folgendes zu bemerken: 1. ausgeschlossen von aller analogen Anwendung sind schon aus allgemeinen Gründen alle singulären Rechtsnormen [5]). 2. Auch da, wo nach allgemeinen Gründen eine analoge Anwendung Statt finden könnte, wird sie dennoch wegfallen müssen, wenn der Gesetzgeber ausdrücklich, oder auf andere Weise zu erkennen gegeben hat, daß

4) »Non possunt omnes articuli singillatim aut legibus, aut senatusconsultis comprehendi: sed cum in aliqua causa sententia eorum manifesta est, is qui jurisdictioni praeest, ad similia procedere atque ita jus dicere debet.«

5) L. 13. L. 14. D. d. legib. I, 3. »Nam, ut ait Pedius, quoties lege aliquid unum vel alterum introductum est, bona occasio est, et cetera, quae tendunt ad eandem utilitatem, vel interpretatione, vel certe jurisdictione suppleri. — Quod vero contra rationem juris receptum est, non est producendum ad consequentias.« — §. 6. I. d. J. N. G. et C. I, 2.

Digitized by Google

eine gewisse gesetzliche Bestimmung nur eben für die von ihm bezeichneten Fälle gelten solle, und für keine Anderen [6]).

Zuletzt ist viertens, des Zusammenhangs halber, noch folgende Frage zu berücksichtigen: wenn es eine auf den legislatorischen Grund der Gesetze gebauete Ausdehnung derselben gibt, muß es nicht eben so eine darauf beruhende Beschränkung geben? Müssen wir sagen: inwieweit der Grund des Gesetzes wegfällt, insoweit fällt auch die gesetzliche Bestimmung selbst hinweg? Die Meisten bejahen diese Frage, indem sie folgende Regel aufstellen: »Cessante ratione legis, cessat lex ipsa.« Ist diese Regel richtig, so folgt daraus: 1. das Gesetz verliert seine Gültigkeit ganz und gar, wenn der Grund desselben gänzlich wegfällt. 2. Ein Gesetz muß in seiner Anwendung beschränkt werden, wenn der Grund desselben nicht auf alle an und für sich darunter begriffenen Fälle paßt.

Allein diese Regel ist durchaus falsch, wie Thibaut auf eine vollkommen überzeugende Weise dargethan hat [7]). Was nämlich zuerst den Fall betrifft, da der Grund des Gesetzes gänzlich wegfällt, so ist Folgendes dabei zu erwägen: ein Gesetz kann Nutzen haben, ohne daß gerade der erste Grund desselben fortdauert, und wenn der Gesetzgeber dasselbe nicht ändert, so muß der Richter ein solches Gesetz als eine Vorschrift betrachten, deren Gründe ihm unbekannt sind. Mehr kann das bloße Wegfallen des Grundes seiner Natur nach nicht zur Folge haben [8]). Was aber den zweiten Fall anbelangt, da das Gesetz nicht auf alle darunter begriffenen Fälle paßt, so kommt dabei dieses in Betracht: häufig bedarf es durchgreifender Bestimmungen, vermöge deren z. B. auch dasjenige mit untersagt wird, was an und für sich wohl unschädlich und zulässig wäre, bloß um nur desto gewisser das wahrhaft Schädliche zu verhindern. Deswegen verliert denn auch ein Gesetz darum allein, weil der Grund desselben

6) Solcher Gesetze finden sich in unsern Quellen mehre: als Beispiel genüge Nov. 115. c. 3. c. 4. Vgl. Thibaut a. a. O. p. 82. folg.

7) a. a. O. §. §. 22. 23.

8) L. 20. L. 21. D. d. legib. I, 3. »Non omnium, quae a majoribus constituta sunt, ratio reddi potest. — Et ideo rationes eorum, quae constituuntur, inquiri non oportet; alioquin multa ex his, quae certa sunt, subvertuntur.«

Digitized by Google

den gewiſſen Fällen nicht angemeſſen iſt, in Rückſicht dieſer Fälle keineswegs ſeine Gültigkeit [9]).

Alſo Reſultat iſt dieſes: das bloße Wegfallen des Grundes hebt die Anwendbarkeit einer geſetzlichen Beſtimmung nicht auf. Allerdings aber kann gelegentlich das Wegfallen des Grundes einen Schluß zulaſſen auf die Abſicht des Geſetzgebers, und dann kann dieſe uns veranlaſſen, mit dem Grunde einer früheren geſetzlichen Beſtimmung dieſe ſelbſt für aufgehoben zu achten, oder auch einer gegenwärtigen geſetzlichen Beſtimmung nur eine beſchränkte Anwendung zu geben, nämlich nach den Grundſätzen der logiſchen Interpretation, weshalb ich auf das im §. 22. Vorgetragene verweiſe.

Das Bisherige bezog ſich auf die analoge Anwendung der Geſetze. Aber auch ſolche Rechtsſätze, die in das Gebiet des Gewohnheitsrechts einſchlagen, geſtatten eine analoge Anwendung. Nämlich: ſind wir im Stande irgend eine Rechtsgewohnheit auf ihre Grundmarime zurückzuführen, ſo werden wir dieſe in allen davon ergriffenen Fällen zur Anwendung bringen dürfen, auch in ſolchen, worauf zunächſt jene Rechtsgewohnheit ſich nicht bezieht.

§. 31.

B. Im Fall der Colliſion verſchiedener Rechtsquellen [1]).

Wenn verſchiedenartige Rechtsgrundſätze mit einander collidiren, ſo können dieſelben enthalten ſein:

I. in Rechtsquellen, welche ihrer Natur nach einander ſubordinirt ſind.

II. in Rechtsquellen, welche ihrer Natur nach einander coordinirt ſind.

Auf den erſten dieſer beiden Fälle beziehen ſich folgende Regeln: 1. Das in örtlicher Beziehung beſchränktere Recht geht

9) L. 4. L. 5. D. eod. »Ex his, quae forte uno aliquo casu accidere possunt, jura non constituuntur. — Nam ad ea potius debet aptari jus, quae et frequenter, et facile, quam quae perraro eveniunt.«

1) Carl Friedr. Eichhorn, Einleitung in das Deutſche Privatrecht. 4te Ausg. Göttinq. 1836. 8. §. §. 31-37.

Digitized by Google

innerhalb der Grenzen, auf die es beschränkt ist, dem in örtlicher Beziehung allgemeineren vor. So werden also z. B. die besonderen Statute einer Stadt vor den allgemeinen Landesgesetzen den Vorzug haben. 2. Die ihrem Gegenstande nach specielleren Rechtsbestimmungen gehen, wo die in ihnen bezeichneten Voraussetzungen vorhanden sind, den generelleren vor. Wenn daher z. B. einer gewissen Classe von Personen besondere Vorrechte verliehen sind, so werden rücksichtlich ihrer diese Privilegien vor den allgemeinen Rechtsbestimmungen den Vorzug behaupten [2]). 3. Hieher gehört auch die Regel, welche wir schon im §. 18. kennen gelernt haben: das neuere Gesetz und überhaupt das neuere Recht geht dem älteren vor.

Wir kommen jetzt zu dem zweiten Falle. Dahin gehört die Collision zwischen den Rechtsquellen verschiedener Länder, desgleichen die Collision zwischen den Rechtsquellen verschiedener einander coordinirter Bezirke eines und desselben Landes. — Die Frage nun, auf welche es hier ankommt, ist diese: an welche Rechtsquellen wird man sich im Falle einer solchen Collision zu halten haben? An besonderen gesetzlichen Bestimmungen, aus welchen sich die Antwort auf diese Frage entnehmen ließe, fehlt es dem gemeinen Rechte so gut, als ganz. Es ist daher vornämlich die Natur der Sache, welche hier zum Leitfaden dienen muß. Indessen wie es in Fällen dieser Art mehrentheils geht, über die Natur der Sache und die daraus abzuleitenden Folgen bilden sich leicht verschiedene Meinungen, und so ist es denn auch hier. Ich will mich mit Ausnahme von ein paar beiläufigen Bemerkungen darauf beschränken, diejenige Ansicht zu entwickeln, die ich für die richtige halte [3]).

In der Regel wird ein Jeder in allen seinen Rechtsverhältnissen nach dem Rechte seines Wohnorts beurtheilt; nicht bloß daheim, sondern auch auswärts. Diese Regel kommt namentlich

2) Auf diesen Fall ganz besonders bezieht sich die häufig vorkommende, in L. 80. D. d. R. J. aufgestellte Regel: »In toto jure generi per speciem derogatur, et illud potissimum habetur, quod ad speciem directum est.«

3) Diese stimmt zwar nicht durchgängig, aber doch in den Hauptmomenten mit der von Eichhorn, a. a. O., aufgestellten Ansicht überein.

Digitized by Google

zur Anwendung bei Beurtheilung des persönlichen Zustandes, (und der davon abhängenden Rechtsfähigkeit und Handlungsfähigkeit eines Menschen). So z. B. bei der Frage, ob Jemand minderjährig sei oder großjährig: darüber entscheidet auch im Auslande das Recht seines Wohnorts. Eben so findet die Regel Anwendung bei allen Rechtsverhältnissen, welche sich auf das Vermögen eines Menschen im Ganzen beziehen. Kommt es also auf eine **successio per universitatem** an, so entscheidet das Recht, welches an dem Wohnorte desjenigen gilt, dem **per universitatem** succedirt werden soll, wenn schon einzelne zu dessen Vermögen gehörige Gegenstände sich in einem andern, in einem fremden Gebiete befinden mögen. So gelten namentlich bei der Intestaterbfolge die Rechte des Wohnorts des Verstorbenen. Ferner kommt unsere Regel zur Anwendung bei dem Güterrechte der Eheleute, welches sich nach den am Wohnorte des Ehemanns geltenden Gesetzen richtet, u. s. w.

Allerdings ist nun aber unsere Regel nicht ohne Ausnahmen. Diese gründen sich theils auf die in gewissen Beziehungen eintretende Nothwendigkeit, sich dem Rechte eines fremden Bezirkes zu unterwerfen, theils gründen sie sich auf eine freiwillige Unterwerfung dieser Art.

Mit jenen auf Nothwendigkeit beruhenden Ausnahmen will ich den Anfang machen. Es gehört dahin

1. zuerst dies, daß der Erwerb und Verlust dinglicher Rechte, und eben so die Ausübung derselben sich jederzeit nach dem Rechte des Ortes richtet, wo das Object sich befindet, also nach dem Rechte eines fremden Bezirks, wenn in diesem das Object ist. Es gilt dies nicht etwa bloß, wie Viele [4]) meinen, von unbeweglichen, sondern auch von beweglichen Sachen. Auf den Erwerb dinglicher Rechte durch universelle Succession erstreckt sich aber die in Rede stehende Ausnahme nicht, und es ist unrichtig,

4) Z. B. Wening, gem. Civilr., I. B. I. §. 19. Not. hh. §. 20. — Allein der Unterschied zwischen beweglichen und unbeweglichen Sachen ist nur der, daß jene ihren Ort verändern können, während über diese, ich meine die unbeweglichen, für immer und in allen Beziehungen, mit Ausnahme des gleich folgenden, im Texte angeführten Falles, das Recht des Ortes entscheidet, wo sie belegen sind.

Digitized by Google

wenn Einige [5]) behaupten, daß die Erbfolge in Grundstücke sich nach dem Rechte der Gegend richten müsse, in welcher dieselben belegen sind.

2. Bei Handlungen, welche auswärts vorgenommen werden, entscheidet das Recht des Orts, wo sie ausgeübt werden, darüber, ob sie erlaubt sind, oder unerlaubt, und worin in diesem letzteren Falle die rechtlichen Folgen bestehen.

3. Was insbesondere die äußere Form solcher erlaubter Handlungen betrifft, welche nicht gerade in der Eingehung von Verträgen bestehen, so ist derjenige, welcher sie auswärts vornimmt, in folgenden Fällen genöthigt, sich den an dem auswärtigen Orte geltenden Rechtsvorschriften zu unterwerfen: zuerst wenn die Handlung sich an eben diesem Orte rechtlich wirksam erweisen soll; ferner, wenn es dabei der Concurrenz der Obrigkeit bedarf, indem diese sich in ihrem Verfahren nur nach dem Rechte ihres Orts richten kann. Beiderlei Beziehungen treten bei dem processualischen Verfahren ein, daher es ein ausgemachter Grundsatz ist, daß das processualische Verfahren sich jederzeit nach dem Rechte des Orts richtet, wo der Proceß geführt wird.

Es wurde so eben (unter Nro. 3.) die Eingehung der Verträge ausgeschlossen. Dies geschah aus dem Grunde, weil die dabei eintretenden Abweichungen von der aufgestellten allgemeinen Regel nicht sowohl in die Kategorie der auf Nothwendigkeit, als vielmehr in die Kategorie der auf Privatwillkür beruhenden Ausnahmen gehören. Von diesen soll jetzt die Rede sein. Und da ist denn nun eben *zuerst* von der Eingehung der Verträge zu sprechen.

Es kann sein, daß an dem Wohnorte des einen oder andern Contrahenten absolut gebietende oder verbietende Gesetze die Willkür bei der Eingehung von Verträgen beschränken. Aber als Regel

5) So z. B. Schmidt, Lehrb. des Deutschen Staatsrechts, §. 84. Anm. 2. Allein diese Ansicht ist unrichtig und dürfte auch wohl die Mehrzahl der Stimmen gegen sich haben. Ich verweise auf Glück, die Lehre von der Intestaterbfolge, §. 46. Vielmehr ist es so, daß über die Erbfolge immer die Gesetze des Wohnortes des Verstorbenen entscheiden, auch über die auswärts befindlichen Sachen, und namentlich in Beziehung auf die auswärts belegenen *Grundstücke*, es müßte denn sein, daß die besonderen Gesetze der Gegend, in welcher die Grundstücke liegen, ausdrücklich das Gegentheil vorschrieben.

Digitized by Google

ist dies nicht anzunehmen. Vielmehr hängt es der Regel nach von der Willkür der Contrahenten ab, sich dem Rechte des Orts zu unterwerfen, an welchem der Vertrag geschlossen wird, und daß sie dies gewollt haben, ist im Zweifel sogar zu vermuthen in Gemäßheit der in unseren Rechtsquellen hierüber vorkommenden Bestimmungen [6]). Indessen wenn die Natur des Vertrags, oder eine deshalb getroffene besondere Uebereinkunft es mit sich bringt, daß der Vertrag an einem bestimmten anderen Orte erfüllt werde, so ist im Zweifel anzunehmen, daß die Contrahenten die Wirkungen des Vertrags nach dem am Erfüllungsorte geltenden Rechte wollen beurtheilt wissen [7]). — Man pflegt das bisher Gesagte auch so auszudrücken: der Vertrag ist im Zweifel nach dem am **locus contractus** geltenden Rechte zu beurtheilen. Unter dem **locus contractus** versteht man nämlich theils den Ort der Eingehung, theils den Ort der Erfüllung. Nicht selten kommen nun aber Fälle vor, auf welche die bisherigen Bestimmungen sich nicht anwenden lassen. Dahin gehört insbesondere der Fall, da ein Vertrag unter Abwesenden durch Briefwechsel geschlossen wird, ohne daß ein bestimmter Erfüllungsort verabredet wurde. In Fällen dieser Art muß man auf den allgemeinen Grundsatz zurückgehen, daß das Recht des Wohnorts entscheide. Und zwar kommt dieser Grundsatz, wenn die Contrahenten verschiedene Wohnorte haben, an welchen verschiedenes Recht gilt, mit folgender Modification zur Anwendung: es gibt der Wohnort den Ausschlag, nach dessen Rechte der Vertrag am besten bestehen kann; dies ist ohne allen Zweifel der Absicht der Contrahenten angemessen. — So viel von Verträgen. —

Zweitens gehört hieher der Fall, da Jemand andere erlaubte Handlungen, die nicht gerade in der Eingehung von Verträgen bestehen, auswärts vornimmt. Diese Handlungen müssen

6) L. 34. D. d. R. J. »Semper in stipulationibus et in ceteris contractibus id sequimur, quod actum est. At si non pareat, quid actum est, erit consequens, ut id sequamur, quod in regione, in qua actum est, frequentatur.« — L. 3. D. d. reb. auctor. jud. XLII, 5. »— — Contractum autem non utique eo loco intelligitur, quo negotium gestum est, sed quo solvenda est pecunia.« — L. 21. D. d. O. et A. XLIV, 5. »Contraxisse autem unusquisque in eo loco intelligitur, in quo, ut solveret, se obligavit.«

7)

ihrer Form nach auch daheim als rechtsbeständig angesehen werden, obschon der Handelnde dabei nicht die in der Heimath vorgeschriebene Form beobachtet habe, sondern vielmehr die, welche das Recht des Orts erfordert, wo er die Handlung vornahm. Nur wird dabei vorausgesetzt, daß er die Handlung nicht etwa absichtlich darum gerade auswärts vorgenommen habe, um die Gesetze seines Wohnorts zu umgehen.

So verhält es sich rücksichtlich der Collision coordinirter Rechtsquellen nach allgemeinen Grundsätzen, sowohl was die Regel, als was die Ausnahmen betrifft. Es versteht sich indessen, daß durch die besonderen Gesetzgebungen einzelner Länder bald dieses, bald jenes anders bestimmt sein kann.

Zum Beschluß muß noch etwas gesagt werden über den in dieser Lehre von Vielen befolgten Sprachgebrauch. Sie nennen die Gesetze des Wohnorts **Statuta personalia**; die Gesetze des Ortes, wo eine Sache belegen ist, **Statuta realia**; endlich die Gesetze des Ortes, wo eine Handlung vorgenommen wird, **Statuta mixta**. In Folge dessen sagen sie nun: Im Ganzen entscheiden über die Rechtsverhältnisse eines Menschen die **Statuta personalia**; bei einzelnen Handlungen kommen oftmals die **Statuta mixta**; bei einzelnen Sachen kommen die **Statuta realia** zur Anwendung. Ferner: häufig wird folgende Regel gegeben: »**Locus regit actum.**« Damit soll dies gesagt sein: Rechtsgeschäfte sind nach den Gesetzen des Orts zu beurtheilen, wo sie vorgenommen worden; ein Satz, der allerdings in dieser Allgemeinheit nicht für richtig gelten kann.

Digitized by Google

Erstes Buch.
Allgemeine Lehren.

Zweites Kapitel.
Von den Personen.

§. 32.

I. Von den Personen überhaupt.

Der juristische Begriff der Persönlichkeit fällt zusammen mit dem der Rechtsfähigkeit. Unter dieser aber wird verstanden die Fähigkeit, das Subject eines Rechtsverhältnisses zu sein, also das Subject von Rechten, das Subject von Verbindlichkeiten. Jedes Wesen, dem diese Fähigkeit beigelegt wird, ist im technisch-juristischen Sinne des Worts eine Person.

Das Römische Recht nun kennt zweierlei Arten von Personen, physische und juristische Personen.

Eine physische Person ist der einzelne Mensch, in wie weit ihm Rechtsfähigkeit zugeschrieben wird. Das aber ist nicht bei jedem menschlichen Wesen der Fall. Es gibt Menschen, welche der Strenge [1]) nach aller Rechtsfähigkeit entbehren, und deshalb im technisch-juristischen Sinne überall keine Personen sind, nämlich die Sclaven. Ferner gibt es nun aber auch solche Menschen, denen nur eine beschränkte Rechtsfähigkeit zugeschrieben wird.

1) Denn Milderungen dieser Ansicht kommen allerdings vor.

Digitized by Google

Unter einer *juristischen* Person versteht man ein Wesen, welches kein Mensch ist, dem aber dennoch Rechtsfähigkeit beigelegt wird. Diese juristischen Personen sind kein Gegenstand für die Anschauung: sie sind bloße Begriffsdinge. Denken wir uns z. B., daß eine Mehrzahl physischer Personen eine Gesellschaft eingeht, und daß der Staat diese Gesellschaft als Rechtssubject anerkennt. Dies ist nur möglich dadurch, daß die Vielen, welche die Gesellschaft bilden, als eine Einheit aufgefaßt werden. Diese Einheit aber ist etwas, was nicht angeschauet, sondern nur gedacht werden kann.

Ich habe vorhin das Römische Recht genannt. Aber auch heutiges Tages unterscheiden wir zwischen physischen und juristischen Personen; auch ist nicht bei allen Menschen die Rechtsfähigkeit dieselbe, — nur Sclaven haben wir nicht.

Zuerst nun soll in den §. §. 33—61. von den physischen Personen gehandelt werden; dann in den §. §. 62—67. von den juristischen Personen.

II. Von den physischen Personen. (§. §. 33-61.)

§. 33.

A. Natur der physischen Persönlichkeit.

† DIG. I, 5. De statu hominum.

Es werden hier *vier* Hauptpunkte in Betracht kommen: der *erste* derselben betrifft die *Grundbedingungen* der *physischen Persönlichkeit*.

Die Grundbedingung der physischen Persönlichkeit ist das Vorhandensein eines *lebendigen menschlichen Wesens*, welches eines *selbständigen* Daseins genießt, und dessen Persönlichkeit *rechtlich* anerkannt ist. Ich sage ein *menschliches* Wesen: denken wir uns daher ein von Menschen erzeugtes Monstrum, d. h. eine Mißgeburt, welche den menschlichen Charakter ganz und gar verläugnet, so wird einem solchen Monstrum keine Persönlichkeit beigelegt werden können. Anderweitige Mißgestaltung thut der Anerkennung der Persönlichkeit keinen Eintrag [1]).

1) L. 14. D. h. t. »Non sunt liberi, qui contra formam humani

Digitized by Google

Ebenso sagte ich vorhin, es werde rechtliche Anerkennung der Persönlichkeit erfordert. Diese läßt, wie schon im vorigen Paragraphen bemerkt ist, das Römische Recht nicht allen Menschen angedeihen, wohl aber unser heutiges gemeines Recht.

Der zweite Punkt, welcher hier in Betracht gezogen werden muß, ist der Anfang der physischen Persönlichkeit. So lange ein Kind noch mit der Mutter verbunden ist, so lange ist es pars viscerum matris, für einen Menschen gilt es erst von dem Augenblicke der Geburt an [2]), gleichviel übrigens, ob diese auf dem natürlichen Wege, oder auf dem einer chirurgischen Operation bewirkt ist [3]). — Die bloße Geburt ist nun aber doch für den Anfang der Persönlichkeit noch nicht genug; es kommt außerdem noch auf zweierlei an:

1. das Kind muß leben, und zwar leben, nachdem es von der Mutter bereits gänzlich getrennt ist. Eine bloße Verletzung des Kindes bei der Geburt thut dem Anfange der Persönlichkeit keinen Eintrag; stirbt aber das Kind während der Geburt, so ist es so gut, als ob es gar nicht gelebt hatte [4]).

2. Ein zweites Erforderniß besteht nun aber noch darin: das Kind muß fähig sein zur Fortsetzung des Lebens. Die Neueren drücken dies so aus: der partus muß vitalis sein; die Römischen Juristen bezeichnen ein lebensfähiges Kind mit dem Ausdrucke perfectus partus. Für lebensfähig aber gilt ein Kind alsdann, wenn es geboren wird am hundert und zwei und achtzigsten Tage nach der Empfängniß, also zu Anfange des siebenten Monats, oder später [5]). Uebrigens ist schon die Lebensfähigkeit

generis converso more procreantur; veluti si mulier monstrosum aliquid, aut prodigiosum enixa sit. Partus autem, qui membrorum humanorum officia ampliavit, alicujus videtur effectus, et ideo inter liberos connumerabitur.« Vgl. L. 3 i. f. C. d. postum. hered. inst. VI, 29.

2) L. 1. §. 1. D. d. inspic. ventre. XXV, 4. »Partus antequam edatur, mulieris portio est, vel viscerum.« L. 9. §. 1. D. ad leg. Falcid. XXXV, 2.

3) L. 12. pr. D. d. lib. et postum. XXVIII, 2.

4) L. 3. C. d. postum. hered. inst. VI, 29. Die Worte »si vivus ad orbem totus processit« beziehen sich auf die Vollständigkeit der von der Mutter bewirkten Trennung, nicht auf die Unverletztheit des Kindes. Vgl. L. 12. §. 1. D. d. lib. et postum. »Quid tamen, si non integrum animal editum sit, cum spiritu tamen? an adhuc testamentum rumpat? Et hoc tamen rumpit.«

5) L. 12. D. h. t. L. 3. §. ult. D. d. suis et legitim. XXXVIII, 16.

Digitized by Google

allein zur Begründung der Persönlichkeit hinreichend, daß der, welcher lebensfähig zur Welt gekommen ist, wirklich fortlebe, ist nicht nothwendig. Seine Existenz hat rechtliche Wirkungen, auch wenn er im Augenblicke der Geburt stirbt [6]). Noch ist hier des Ausdrucks Abortus zu erwähnen. Darunter versteht man die Geburt eines noch nicht zur Vitalität ausgebildeten Kindes, oder auch wohl ein solches Kind selbst. Sobald nun die durch das Bisherige bezeichneten Bedingungen vorhanden sind, so hat damit die Rechtsfähigkeit ihren Anfang genommen.

Was nunmehr den dritten Punkt, das Ende der physischen Persönlichkeit betrifft, so hört dieselbe auf mit dem Tode desjenigen, welchem sie zustand. Daher können denn auch die Rechte und Verpflichtungen eines Verstorbenen als fortbestehend nur unter der Voraussetzung angesehen werden, daß er einen Erben hat, auf welchen sie übergehen. Ob nun aber Jemand noch lebe, oder gestorben sei, darüber kann man gelegentlich in Ungewißheit sein, so daß man sich genöthigt sieht, der Vermuthung Raum zu geben; und da entsteht dann namentlich die Frage: wenn Jemand verschollen ist, d. h. wenn er sich entfernt hat, und von seinem Leben oder Tode keine Kunde vorhanden ist — wann wird man berechtigt sein zu der Vermuthung, daß er gestorben sei? In mehren Stellen des Justinianischen Rechts wird ein Alter von hundert Jahren als das Ziel des menschlichen Lebens bezeichnet [7]). In der Praxis aber geht man von der Voraussetzung eines kürzeren Lebenszieles aus; man achtet einen Verschollenen schon dann für todt, wenn man, um ihn für lebend zu halten, annehmen müßte, daß er das siebenzigste Jahr zurückgelegt habe. Es beruhet diese Annahme auf einer Stelle der Psalmen [8]).

6) L. 3. C. cit. »— — Cumque Sabiniani existimabant, si vivus natus esset, etsi vocem non emisit, rumpi testamentum, — — — eorum etiam nos laudamus sententiam, et sancimus, si vivus perfecte natus est, licet illico postquam in terram cecidit, vel in manibus obstetricis decessit, nihilominus testamentum rumpi; hoc tantummodo requirendo, si vivus ad orbem totus processit (s. oben Note 4.), ad nullum declinans monstrum vel prodigium.«

7) L. 56. D. d. usufructu. VII, 1. L. 23. §. 1. i. f. C. d. sacros. eccles. I, 2.

8) Psalm 90. v. 10.

Digitized by Google

Bisweilen kann es von Wichtigkeit sein, nicht bloß zu wissen, daß Jemand gestorben sei, sondern zugleich, ob er früher oder später gestorben sei, als eine bestimmte andere Person. Dies auszumitteln wird aber besonders dann schwierig sein, wenn die Personen, auf welche es ankommt, bei Gelegenheit eines gemeinschaftlichen Unfalls, z. B. bei einem Schiffbruche, der sie gemeinschaftlich betroffen hat, ihren Tod gefunden haben. Hier gibt es für den Fall, da Aeltern und Kinder gemeinschaftlich umgekommen sind, gewisse gesetzliche Präsumtionen: von unmündigen Kindern wird angenommen, daß sie früher, als Vater oder Mutter gestorben sind; sind die Kinder mündig, so tritt die entgegengesetzte Vermuthung ein [9]). In Einem Falle wird jedoch zwischen unmündigen und mündigen Kindern kein Unterschied gemacht. Nämlich: wenn Jemanden mittelst eines Fideicommisses die Herausgabe der Erbschaft zur Pflicht gemacht ist, jedoch nur unter der Bedingung, daß er ohne Kinder sterben sollte, so wird diese Bedingung für erfüllt geachtet, sobald der Belastete mit seinen Kindern umkommt, und sich nicht nachweisen läßt, daß die Kinder ihn überlebt haben [10]).

Ich habe bisher, indem ich von dem Tode sprach, nur den eigentlichen natürlichen Tod im Auge gehabt. Aber auch der bürgerliche Tod ist für die Persönlichkeit von Bedeutung. Unter dem bürgerlichen Tode werden verstanden **maxima** und **media capitis deminutio** [11]). Die **maxima** hebt nach Römischen Grundsätzen die Persönlichkeit im juristischen Sinne des Worts ganz und gar auf: die **media** führt wenigstens einen bedeutenden Verlust der Rechtsfähigkeit mit sich: im §. 35. werde ich hierauf zurückkommen.

Zuletzt ist hier noch der gesetzlichen Fürsorge für **nascituri** zu gedenken, d. h. für solche, die bereits concipirt, aber noch nicht geboren sind, also noch kein selbstständiges Dasein haben. Diese Fürsorge zeigt sich *erstens* in der Sorgfalt für die Erhal-

9) L. 9. (10.) §. ult. L. 22. (23.) L. 23. (24.) D. d. reb. dub. XXXIV, 5.

10) L. 17. §. 7. D. ad SCtum Treb. XXXVI, 1.

11) L. 63. §. ult. D. pro socio. XVII, 2. »— — Intereunt autem homines quidem **maxima**, aut **media capitis deminutione**, aut **morte**. —«

Digitized by Google

tung, für die Geburt des **nasciturus**: so soll keine Schwangere begraben werden, ohne daß zuvor die Frucht von ihr genommen ist; eben so soll die Hinrichtung einer Schwangeren bis nach ihrer Niederkunft ausgesetzt werden. Ferner gehört auch das noch hieher: denken wir uns, das Kind, womit eine Frau schwanger geht, würde, wenn es bereits geboren wäre, einen Verstorbenen beerben: hier kann die Frau unter gewissen Voraussetzungen Namens des Kindes schon jetzt auf den einstweiligen Besitz der Erbschaft Anspruch machen; zur Verwaltung derselben wird ein Curator bestellt, und dieser muß der Frau *um des Kindes willen* aus der Erbschaftsmasse Alimente verabreichen, damit sie nicht etwa Noth leide, und dadurch die Existenz des Kindes gefährdet werde [12]).

Zweitens zeigt sich die Fürsorge für den **nasciturus** auch darin: er wird, in wie weit sein eigener Vortheil es erheischt, vorläufig einem schon Geborenen gleich geachtet; ich sage *vorläufig*, denn allerdings kommt Alles darauf an, ob er nun auch späterhin in der That lebendig und lebensfähig zur Welt kommt; ist dies der Fall, so legt man der Rechtsfähigkeit, die er mit seinem Eintritte in das Leben erwirbt, eine rückwirkende Kraft bei; er wird angesehen, wie wenn er schon damals eine *Person* gewesen wäre, als seine Geburt nur erst erwartet wurde [13]). Aus dieser Rechtsansicht erklären sich unter anderen folgende Bestimmungen: Aeltern, wenn sie testiren, müssen auch auf solche Kinder Rücksicht nehmen, die etwa bei ihrem Tode nur erst **nascituri** sein mögten. Ferner: wenn ein zur Erbschaft eines Verstorbenen Berufener bei dessen Tode noch **in utero matris** ist, so gelangt einstweilen von denjenigen, welche entferntere Ansprüche an die Erbschaft haben, keiner zur Erbschaft; sind aber solche Personen vorhanden, die mit dem **nasciturus** ein gleich nahes Recht haben, so können sie für's Erste mehr nicht, als ei-

12) a. L. 2. D. d. mort. infer. XI, 8. — b. L. 3. D. d. poen. XLVIII, 19. — c. Tit. Dig. XXXVII, 9. De ventre in possessionem mittendo et curatore ejus.

13) »Qui in utero est perinde, ac si in rebus humanis esset, custoditur, quoties de commodis ipsius partus quaeritur, quanquam alii, antequam nascatur, nequaquam prosit.« L. 7. D. h. t. Anwendungen dieses Princips siehe in L. 26. eod. Vgl. L. 231. d. V. S.

Digitized by Google

nen Theil der Erbschaft erhalten. Der Erbantheil des nascitu-rus wird für diesen aufgehoben [14]). Und so ließen sich noch mehre Einzelnheiten aufführen; indessen schon das Gesagte ist zur Erläu-terung unseres Satzes genügend. —

B. Verschiedenheit der persönlichen Zustände. (§. §. 34-51.)

a. Einleitung.

§. 34.

α. Ueber die Verschiedenheit der persönlichen Zustände im Allgemeinen.

Der juristische Begriff des persönlichen Zustandes bezieht sich auf diejenigen Eigenschaften eines Menschen, welche von rechtli-cher Bedeutung sind. — Ueber diese rechtliche Bedeutung ist Folgendes zu bemerken: Erstens ist die Verschiedenheit in den persönlichen Zuständen der Menschen von Wichtigkeit für die Rechtsfähigkeit. Jenachdem sich Einer in diesem oder jenem Zustande befindet, kann seine Rechtsfähigkeit von größerem oder geringerem Umfange sein, oder sich wohl gar, wenigstens nach Römischem Rechte auf Null reduciren. Zweitens ist die Ver-schiedenheit der persönlichen Zustände von Einfluß auf die Hand-lungsfähigkeit. Diese wird oft mit der Rechtsfähigkeit ver-wechselt: sie ist aber davon wesentlich verschieden. Ein einziges Beispiel mag genügen, die Verschiedenheit beider Begriffe an-schaulich zu machen: es gibt auf dem Gebiete des Privatrechts kein Recht und keine Verpflichtung, deren Subject ein Wahnsin-niger nicht eben so gut sein könnte, wie ein solcher, der bei ge-sundem Menschenverstande ist. Die Rechtsverhältnisse, in wel-chen sich Jemand befand, ehe er in Wahnsinn verfiel, dauern

14) L. 3. D. si pars heredit. petatur. V, 4. »Antiqui — — quae portio in suspenso esse de-beat, quaesierunt: ideo, quia non poterant scire, quot nasci pos-sent. — — Prudentissime juris auctores medietatem quandam se-cuti sunt, ut quod fieri non ra-rum admodum potest, intueren-tur: id est, quia fieri poterat, ut trigemini nascerentur, quartam partem superstiti filio assignave-rint. *Τὸ γὰρ ἅπαξ, ἢ δὶς*, ut ait Theophrastus, *παραβαίνουσιν οἱ νομοθέται.* Ideoque et si unum paritura sit, non ex parte dimi-dia, sed ex quarta interim heres erit.«

Digitized by Google

nach wie vor fort. Ja er kann sogar später in neue Rechtsverhältnisse eintreten, inwiefern es dazu keiner Willenshandlung von seiner Seite bedarf. Aber freilich eines durch Vernunft bestimmten Willens ist er unfähig, und so sind Handlungen, deren rechtliche Folgen durch die Voraussetzung eines solchen Willens bedingt werden, wenn er sie im Zustande des Wahnsinns vornimmt, ohne rechtliche Wirkung. Mithin werden wir sagen müssen: in der Rechtsfähigkeit steht der Wahnsinnige demjenigen, welcher **sanae mentis** ist, gleich — nicht aber in der Handlungsfähigkeit [1]) —

Drittens. Es gibt gewisse Rechte, zu deren Begründung es hinreichend ist, daß Jemand sich in einem gewissen Zustande befinde. Wer in diesem Zustande ist, hat dieses oder jenes Recht; wer nicht darin ist, entbehrt desselben. So z. B. hat der Minderjährige bloß um seiner Minderjährigkeit Willen, und ohne alles sein Zuthun gewisse eigenthümliche Vorrechte, auf welche großjährige Personen keinen Anspruch machen können. Hier haben wir also eine Verschiedenheit, die nicht die *bloße Fähigkeit* zu Rechten betrifft, sondern das *wirkliche Haben* derselben.

Dies sind die allgemeinen Betrachtungen, welche ich vorausschicken mußte. Jetzt wird es möglich sein, den Unterschied klar zu machen zwischen demjenigen, was die *Römer* **status** nennen, und demjenigen, was die *Neueren* darunter verstehen. Die Römischen Juristen denken bei dem Ausdrucke **status** nur an die Rechtsfähigkeit, und auch hiebei fassen sie nur die Hauptgegensätze in's Auge. Die Neueren dagegen bezeichnen durch den Ausdruck **status** jeden persönlichen Zustand, der in der einen oder der andern der hier angegebenen Beziehungen von rechtlicher Bedeutung ist. Uebrigens unterscheiden die Neueren nun noch zwischen demjenigen, was sie **status naturalis**, und demjenigen, was sie **status civilis** nennen. Unter **status naturalis** verstehen sie einen durch die Natur gegebenen Zustand, z. B. den Zustand des Geschlechts, des Alters u. s. w. Mit dem Ausdrucke **status civilis** aber bezeichnen sie einen durch bürgerliche Verhältnisse herbeigeführten Zustand, und dahin rechnen sie denn namentlich,

1) Das Nähere über diesen Punkt siehe unten §. 41.

Digitized by Google

auch diejenigen Zustände, worauf sich der Römische Ausdruck status bezieht.

So weit diese Einleitung. Nachdem nun zuvor die Römische Lehre vom status einer näheren Betrachtung unterworfen sein wird (§. §. 35. 36.), soll im Folgenden zunächst von den natürlichen (§. §. 37-41.), sodann von den juristischen Zuständen (§. §. 42-51.) gehandelt werden.

β. Ueber die Römische Lehre vom Status.

§. 35.

αα. Römische Ansicht.

† INST. I, 16. De capitis deminutione. — † DIG. IV, 5. De capite minutis.

Die hier zu behandelnde Lehre zerfällt in zwei Partien: die erste handelt vom **Status an und für sich**, die zweite von dem **Caput** und der **Capitis deminutio**.

I. Vom Status an und für sich.

Die technische Bedeutung, welche der Ausdruck status bei den Römischen Juristen hat, steht, wie vorhin schon (§. 34.) ist angedeutet worden, in Beziehung zu gewissen bloß die Rechtsfähigkeit betreffenden Gegensätzen. Von diesen muß ich eben deshalb zuerst sprechen. Zwar sind diese Gegensätze nicht die einzigen, aber sie sind die wichtigsten unter denen, welche hinsichtlich der Rechtsfähigkeit im Römischen Rechte vorkommen; ich meine

1. den Gegensatz zwischen Freien und Sclaven.
2. den Gegensatz zwischen Römischen Bürgern und solchen Freien, die keine Römische Bürger sind.
3. den Gegensatz zwischen solchen, die von fremder Privatgewalt unabhängig, und solchen, die abhängig davon sind.

Was nun den ersten Gegensatz betrifft, so besteht der gemeinsame rechtliche Charakter der Freien darin, daß sie im Allgemeinen fähig sind, das Subject zu sein von Rechten und Verbindlichkeiten. Die Sclaven dagegen sind dazu nach der Strenge des Rechts schlechthin unfähig; sie werden nicht als Personen angesehen, sondern als Sachen. — Uebrigens knüpft sich an diesen

Digitized by Google

Gegensatz an der Unterschied zwischen Freigeborenen und Freigelassenen, der bis auf Justinian für die Rechtsfähigkeit ebenfalls von Bedeutung war: durch eine Verfügung [1]) Justinians ist dieser Gegensatz indessen verschwunden.

Ich komme zu dem zweiten Gegensatze. Vollständige Rechtsfähigkeit ist bedingt durch den Besitz des Römischen Bürgerrechts, dadurch daß Einer civis ist. Freie, welche der Civität entbehren, sind zu gewissen Rechtsverhältnissen unfähig. In früherer Zeit gab es mehr als Eine Classe von Nichtbürgern. Das Justinianische Recht dagegen macht unter den Nichtbürgern keinen Unterschied, weder in der Rechtsfähigkeit, noch in der Benennung: alle freie Nichtbürger heißen peregrini. Mit diesem Gegensatze steht in genauer Verbindung der Begriff der bürgerlichen Ehre, worauf ich in §. 43. zurückkommen werde.

Was den dritten Gegensatz anbelangt, so sind von den mehren Arten der Privatgewalt, welche im älteren Rechte vorkommen, in dem Justinianischen Rechte nur noch zwei übrig: herrschaftliche und väterliche Gewalt, jene über Sclaven, diese über Freie. Das Charakteristische nun in dem Zustande der Unabhängigen ist nur negativer Art: ihre rechtliche Fähigkeit und Unfähigkeit richtet sich lediglich nach den anderweitigen Verhältnissen, in welchen sie stehen, ohne durch die Unterwürfigkeit unter eine fremde Privatgewalt eigenthümlich modificirt zu werden. Dagegen wird der Abhängige mit demjenigen, in dessen Gewalt er steht, in gewisser Beziehung für Eine Person geachtet, und durch diese juristische Einheit der Person wird die sonstige Fähigkeit und Unfähigkeit des Abhängigen eigenthümlich modificirt. Der Sclav erlangt dadurch, daß er einen Herrn hat, die Fähigkeit diesen zu repräsentiren, und insofern wird seine rechtliche Bedeutsamkeit erhöhet: dagegen wirkt auf die Rechtsfähigkeit eines Freien die Unterwürfigkeit unter die väterliche Gewalt nur beschränkend ein. Der technische Sprachgebrauch in Beziehung auf diese Gegensätze ist dieser: ein freier Mensch, welcher unabhängig ist, wird homo sui juris genannt, desgleichen paterfamilias, nicht aber materfamilias. Die Abhängigen hingegen, sie mögen

1) Nov. 78. c. 1. 2.

Digitized by Google

Freie oder Sclaven sein, heißen **homines alieni juris**, die der väterlichen Gewalt Unterworfenen insbesondere werden **filiifamilias** oder **filiaefamilias** genannt.

So viel von diesen Gegensätzen selbst. Die Beziehung nun aber, in welcher zu ihnen der Ausdruck **status** in seiner technischen Bedeutung steht, ist folgende: die Römischen Juristen bezeichnen mit diesem Ausdrucke jeden Zustand, der innerhalb der Grenzen jener Gegensätze liegt, inwieweit er mit irgend einem Grade selbstständiger Rechtsfähigkeit verbunden ist. An dieser fehlt es nun aber, wenigstens nach der Strenge des Rechts dem Sclaven gänzlich, und daher sprechen die Römischen Juristen nie von einem **status servitutis**: vielmehr sagen sie von dem Sclaven, daß er gar keinen **status** habe [2]). Dagegen sprechen sie allerdings von einem **status libertatis** und **civitatis**. Im eminenten Sinne des Worts bezeichnet **status** schlechthin den **status civitatis**, wie sich aus der unten angeführten Stelle [3]) ergibt.

II. Vom Caput und der capitis deminutio.

Der Ausdruck **caput** in seiner technischen von der gewöhnlichen ganz verschiedenen Bedeutung, bezieht sich theils auf den Begriff der Rechtsfähigkeit, theils auf den Begriff der Familie.

Nämlich was *zuerst* betrifft die Beziehung auf den Begriff der Rechtsfähigkeit, so wird unter dem **caput** eines Menschen verstanden die gesammte Rechtsfähigkeit desselben, inwiefern sie als das Resultat der verschiedenen **status** erscheint, in welchen jener Mensch sich befindet. — *Zweitens* liegt nun aber in dem Ausdruck **caput** zugleich eine Beziehung auf den Begriff der Familie, worunter hier zu verstehen ist der Inbegriff derjenigen, welche durch Agnation mit einander verwandt sind. Die Agnationsverhältnisse eines Menschen werden mit zu seinem **caput** gerechnet. Der Sclav hat weder einen **status**, noch eine Familie, und daher hat er auch kein **caput** [4]). So viel über die Bedeutung vom **caput**.

Ich komme nunmehr zu der Bedeutung von **Capitis demi-**

2) L. 4. D. h. t. collat. L. 3. i. f. eod.

3) L. 1. §. 8. D. ad SCtum Tertull. XXXVIII, 17.

4) §. 4. I. h. t.

Digitized by Google

nutio. Schon die Worte selbst geben zu erkennen, daß dabei an eine Verminderung in Beziehung auf das caput eines Menschen zu denken ist. Häufig ist es eine Verminderung, die er an seiner Rechtsfähigkeit erfährt; immer aber scheidet er aus der Familie, zu der er bis dahin gehörte, immer also werden die Agnationsverhältnisse, in welchen er sich befand, aufgelöst [5]); ja oftmals besteht die ganze Verminderung nur eben hierin. Und ferner: meistentheils setzt die capitis deminutio eine Veränderung des status voraus, jedoch nicht immer. Dies Alles wird bei Durchgehung der verschiedenen Grade der capitis deminutio sogleich deutlicher werden. Es gibt nämlich drei Grade der capitis deminutio: sie ist entweder eine maxima, oder eine media, oder eine minima [6]).

Unter maxima capitis deminutio wird verstanden der Verlust der Freiheit [7]). Es ist die stärkste Verminderung des caput, welche möglich ist, denn dieses wird dadurch auf Nichts reducirt. — Die media oder minor capitis deminutio besteht in dem Verluste der Civität, ohne daß zugleich auch die Freiheit verloren ginge [8]). Beide Grade der capitis deminutio kommen darin überein mit einander, daß mit dem status des capite deminutus eine Veränderung vorgeht; ferner daß diese Veränderung einen wesentlichen Verlust an Rechtsfähigkeit mit sich führt, daß endlich der capite deminutus aus der Familie ausscheidet, zu der er bis dahin etwa gehörte.

Anders verhält es sich mit der minima capitis deminutio [9]). Aus der bisherigen Familie scheidet hier der capite minutus immer aus: im übrigen aber sind die einzelnen Fälle der minima capitis deminutio sehr verschiedenartig, wie sich sogleich

5) §. ult. I. d. legitim. agnator. tut. I, 15. »Sed agnationis quidem jus omnibus modis capitis deminutione perimitur.«

6) pr. I. h. t. L. ult. D. h. t. »Capitis deminutionis tria genera sunt: maxima, media, minima; tria enim sunt, quae habemus: libertatem, civitatem, familiam. Igitur cum omnia haec amittimus, hoc est libertatem et civitatem et familiam, maximam esse capitis deminutionem; cum vero amittimus civitatem, libertatem retinemus, mediam esse capitis deminutionem; cum et libertas et civitas retinetur, familia tantum mutatur, minimam esse capitis deminutionem constat.«

7) §. 1. I. h. t.

8) §. 2. I. h. t.

9) §. 3. I. h. t.

Digitized by Google

ergeben wird; wir wollen ſie nämlich jetzt der Reihe nach durchgehen.

1. Zuerſt gehört hieher der Fall, da ein **homo sui juris** zu einem **filiusfamilias** wird, welches durch Arrogation bewirkt werden kann [10]), aber auch durch Legitimation. Hier nun tritt neben der Veränderung in den Agnationsverhältniſſen zugleich eine Veränderung des **status** ein, und zwar eine ſolche, wodurch die Rechtsfähigkeit vermindert wird [11]).

2. Der zweite Fall iſt der, da ein **filiusfamilias** durch Emancipation zu einem **homo sui juris** wird. Auch hier haben wir eine Veränderung im **status**; aber der, welcher dieſe Veränderung erfährt, gewinnt an Rechtsfähigkeit. Nichtsdeſtoweniger erleidet er eine **minima capitis deminutio**, weil er aus den bisherigen Agnationsverhältniſſen ausſcheidet [12]). Im vorjuſtinianiſchen Recht kam hinzu, daß Niemand emancipirt werden konnte, ohne für eine, wenn auch nur ganz kurze Zeit in einen Zuſtand verſetzt zu werden, in welchem er einem Sclaven verglichen werden mochte. Im Juſtinianiſchen Rechte fällt dies weg, es geſchieht der Sache aber in unſern Quellen noch Erwähnung [13]).

3. iſt eine **minima capitis deminutio** verbunden mit jeder vollgültigen **in adoptionem datio**; denn der **in adoptionem** Gegebene ſcheidet, indem er in die Familie des Adoptirenden übergeht, aus der Familie, zu welcher er bisher gehörte, aus [14]). Sein **status** aber und ſeine Rechtsfähigkeit bleiben dieſelben.

4. Endlich gehört auch noch der Fall hieher, da Jemand aus der bisherigen Familie dadurch ausſcheidet, daß derjenige, deſſen väterlicher Gewalt er unterworfen iſt, ſich von irgend einem Dritten arrogiren läßt [15]). Rückſichtlich des **status** und der Rechtsfähigkeit tritt hier ſo wenig, wie in dem vorigen Falle eine Veränderung ein.

So viel über die **minima capitis deminutio**. Zum Beſchluß habe ich in Beziehung auf den Sprachgebrauch noch Folgendes zu

10) cit. §. 3. I. h. t.

11) Doch kann ein Verluſt von Agnationsverhältniſſen nur bei der Arrogation, nicht bei der Legitimation Statt finden.

12) L. 4. §. 10. D. d. gradib. et affinib. XXXVIII, 10.

13) z. B. in L. 3. §. 1. D. h. t.

14) cit. L. 4. §. 10. D. d. gradib.

15) L. 3. pr. D. h. t.

Digitized by Google

bemerken. Der regelmäßige Sprachgebrauch ist der bisher bezeichnete, dem zu Folge man unterscheidet maxima c. d., media s. minor c. d. und minima c. d. Gelegentlich aber kommt magna capitis deminutio für maxima und media, minor aber für minima c. d. vor. Auch wird der Ausdruck magna c. d. mit maxima capitis deminutio gleichbedeutend gebraucht [16])

§. 36.

ββ. Heutiger Gebrauch.

Was hier zuerst die drei Gegensätze betrifft, deren im vorigen Paragraphen Erwähnung geschehen ist, so ist schon früher bemerkt worden, daß wir in Deutschland keine Sclaven haben. Das deutsche Institut der Leibeigenschaft ist etwas von der Römischen Sclaverei wesentlich Verschiedenes. Indessen ist doch auch in Deutschland der Zustand gänzlicher Rechtsunfähigkeit nicht unbekannt; nämlich als Strafe wegen eines begangenen Verbrechens. Einen Zustand dieser Art brachte ehemals die Erklärung in die Reichsacht hervor [1]), und von verwandter Wirkung ist die Strafe der Deutschen Ehrlosigkeit, welche jedoch nach ihrer ganzen Strenge nur in Particularrechten vorkommt [2]). Auf diese Strafe der Ehrlosigkeit werden wir im §. 48. zurückkommen. So viel in Beziehung auf den Gegensatz zwischen Freiheit und Sclaverei. — Was den zweiten Gegensatz betrifft zwischen cives und Solchen, die es nicht sind, so sind nach unserm heutigen gemeinen Rechte Ausbürger in privatrechtlichen Beziehungen eben so rechtsfähig wie Einheimische [3]). Allerdings kommt es vor, daß bei dem Erwerbe von Grundstücken und bei dem Betriebe von Gewerben zwischen Fremden und Einheimischen

16) So wird in L. 1. §. 4. D. d. suis et legit. XXXVIII, 16. unterschieden zwischen magna u. minor cap. deminutio. Es scheint, unter der magna c. d. ist in dieser Stelle die maxima und media, unter der minor c. d. aber diejenige gemeint, welche sonst minima heißt. Eben so scheint in cit. L. 1. §. 8. D. ad SCtum Tertull. und in L. 5. §. 3. D. d. extraordinar. cognit. L, 13. der Ausdruck magna c. d. ein gemeinsamer Ausdruck für die maxima und media c. d. zu sein. In L. ult. C. d. usufr. III, 33. dagegen bezeichnet der Ausdruck magna c. d. nur die maxima.

1) Vgl. Glück, II. S. 202.

2) Siehe Eichhorn, Deutsch. Privatr. §. 85.

3) Vgl. Schweppe, Röm. Privatr. §. 60.

Digitized by Google

ein Unterschied gemacht wird; dieser Unterschied kann jedoch nicht als gemeinrechtlich betrachtet werden. Unter die Zahl der Ausbürger gehören auch die Landesverwiesenen. Das Eigenthümliche ihrer Lage aber, wodurch sie sich von andern Ausbürgern unterscheiden, daß sie nämlich das Land, aus welchem sie verwiesen sind, meiden müssen, gehört nicht in das Gebiet des Privatrechts, sondern in das öffentliche Recht. — Der dritte Gegensatz zwischen unabhängigen und abhängigen Personen kommt, inwieweit er sich auf die väterliche Gewalt bezieht, auch noch heutiges Tages vor. Im §. 49. werde ich darauf zurückkommen.

Der zweite hier in Betracht zu ziehende Punkt betrifft die Frage: welcher Gebrauch läßt sich heutiges Tages von dem Begriff der **capitis deminutio** machen? Da, wo die Strafe der Deutschen Ehrlosigkeit in ihrer ganzen Strenge eintritt, da mag man wohl auch heutiges Tages noch von einer **maxima capitis deminutio** sprechen. Aber wenn Jemand blos Ausbürger wird, so hat das auf die Rechtsfähigkeit im Ganzen so wenig Einfluß, daß man eine solche Veränderung der Römischen **capitis deminutio media** nicht gleichsetzen kann. Nur der Fall ewiger Landesverweisung bietet einiger Maßen ein Analogon der **media capitis deminutio** dar.

Der Begriff der **minima capitis deminutio** ist auch noch heutiges Tages anwendbar [4]).

b. Natürliche Zustände. (§. §. 37 - 41.)

§. 37.

a. Geschlecht.

Es soll hier von der Verschiedenheit der Menschen nach dem Geschlechte die Rede sein, also von dem Unterschiede zwischen Männern und Frauen. Ob es auch eigentliche Zwitter gebe, also Hermaphroditen, ist sehr die Frage. Indessen für den Fall, daß sie vorkommen, gibt das Römische Recht die

4) Ueber die heutige Anwendbarkeit der Römischen Begriffe von capitis deminutio überhaupt vergl. Glück, II. S. 200 - 202.

Digitized by Google

Regel: sie sollen zu demjenigen Geschlechte gezählt werden, welches in ihnen vorherrschend ist [1]). Im weiteren Verfolg wird also nur auf den Gegensatz zwischen Männern und Frauen Rücksicht zu nehmen sein.

In Beziehung auf diesen nun ist der Grundsatz im Allgemeinen folgender: Der Unterschied der Geschlechter ist nur ein factischer, kein rechtlicher; in rechtlicher Beziehung sind beide Geschlechter einander gleich: wenn daher die Gesetze in genere masculino sprechen, so sind die in ihnen enthaltenen Bestimmungen auch auf das weibliche Geschlecht zu beziehen [2]).

Diese Regel ist nun aber doch nicht ohne Ausnahmen. Die Frauen sind in manchen Stücken schlimmer daran, als die Männer [3]); so: 1. sind sie unfähig der väterlichen Gewalt; darin liegt es, daß sie auch nicht im eigentlichen Sinne des Worts adoptiren können. (§. §. 718. 720.). — 2. Frauen sind ausgeschlossen ab **omnibus officiis civilibus et publicis** [4]). Deshalb sind sie, was besonders hervorgehoben wird, unfähig zur Magistratur, zu dem Amte eines **Judex**, zur Advocatur, unfähig auch für Andere im Gericht als Procuratoren aufzutreten. Eben so werden sie der Regel nach für unfähig gehalten, über einen Andern die Vormundschaft zu führen, (§. 747.) oder gegen Jemand eine Criminalanklage zu erheben [5]). Zum Zeugniß im Gericht sind sie fähig, dies fordert das Bedürfniß der Rechtspflege, aber vom Testamentszeugniß sind sie ausgeschlossen [6]). — So viel darüber, daß Frauen von gewissen Arten der Thätigkeit ausgeschlossen sind: der Grund dieser Ausschließung liegt darin, daß sie zu denselben theils aus Mangel an Geschick, theils aus Rücksicht auf die ihrem Geschlechte eigenen Gesetze der Sittsamkeit nicht geeignet scheinen. — 3. Wenn eine Frau heirathet, so tritt sie dadurch

1) L. 10. D. d. statu hom. I, 5.

2) L. 195. pr. d. V. S. »Prountiatio sermonis in sexu masculino ad utrumque sexum plerumque porrigitur.«

3) L. 9. D. d. statu hom. »In multis juris nostri articulis deterior est conditio feminarum, quam masculorum.«

4) L. 2. pr. D. d. R. J. »Feminae ab omnibus officiis civilibus vel publicis remotae sunt, et ideo nec judices esse possunt, nec magistratum gerere, nec postulare, nec pro alio intervenire, nec procuratores existere.« — L. 12. §. 2. D. d. judic. V, 1.

5) L. 8. D. d. accusat. XLVIII, 2.

6) L. 20. §. 6. D. qui testam. facere poss. XXVIII, 1.

Digitized by Google

zu dem Manne in ein gewisses Verhältniß der Unterordnung: das Verhältniß ist nicht ein durchaus gleiches. Rang, Gerichtsstand, Wohnung bestimmen sich nach dem Manne [7]). — 4. Wenn eine Ehe durch den Tod getrennt wird, so verlangt das Römische Recht von der Wittwe die Beobachtung des Trauerjahrs, nicht aber von dem Wittwer. (§. 713.)

Auf der andern Seite sehen wir aber auch die Frauen in mehr, als Einem Stücke, begünstigt: 1. den Frauen wird in manchen Beziehungen die Unwissenheit des Rechts zu Gute gehalten; (§. 89.) 2. bei Intercessionen kommt ihnen das **SCtum Vellejanum** zu Statten; (§. §. 569—74.) 3. sie sind in Ansehung des Heirathsgutes besonders begünstigt. (§. §. 338. 350. 695.) 4. Nach Nov. 134 c. 9. sollen Frauen nur im äußersten Nothfall in gefängliche Haft gezogen werden. 5. Endlich werden Frauen wegen begangener Verbrechen bisweilen milder gestraft, als Männer [8]).

β. Alter.

§. 38.

αα. Minderjährigkeit.

I. Von der Minderjährigkeit und den verschiedenen Stufen des minderjährigen Alters an und für sich.

Minderjährige, Minorenne heißen alle diejenigen, welche noch nicht fünf und zwanzig Jahre alt sind. In unsern Quellen werden sie bald **Minores XXV. annis**, bald aber auch **Minores** schlechthin genannt. Unter ihnen unterscheidet man nun aber ferner die Mannbaren, Mündigen von den noch nicht Mannbaren, von den Unmündigen. Jene, die Mannbaren, heißen **puberes**, bei Mädchen wird auch der Ausdruck **viri potentes** gebraucht. Und ferner werden mannbare Minderjährige auch oftmals durch folgende Ausdrücke bezeichnet: **Adulti**,

7) **L. 1. pr. D. d. senatorib. I, 9.** »— — quia major dignitas est in sexu virili.« **L. 8. D. eod. L. 13. C. d. dignitat. XII, 1.**

8) Vgl. **L. 6. pr. D. ad Leg. Jul. peculat. XLVIII, 13. Nov. 134. c. 10. L. 5. §. §. 1. 3. C. ad Leg. Jul. majest. IX, 8.**

Digitized by Google

Adultae, Adolescentes. — Die noch nicht Mannbaren heißen **impuberes**, desgleichen **pupilli, pupillae.**

Ueber den Anfang der Mündigkeit waren die älteren Römischen Juristen nicht einerlei Meinung; Justinian aber hat entschieden, daß Masculi mit zurückgelegtem vierzehnten, feminae mit vollendetem zwölften Jahre mündig werden sollten [1]). Uebrigens kommt in unsern Quellen in Bezug auf Masculi auch noch der Begriff einer **plena pubertas** vor, worunter ein Alter von achtzehn Jahren verstanden wird [2]).

Die Unmündigen werden bis zu vollendetem siebenten Jahre **Infantes** genannt [3]). Unter denen aber, welche über dieses Alter hinaus sind, also unter den **infantia majores**, wird ferner unterschieden zwischen solchen, die **infantiae proximi**, und solchen, welche **pubertati proximi** sind [4]), jedoch ohne daß die Grenze zwischen beiden gesetzlich bestimmt wäre. Die ehemals herrschende Ansicht [5]), zu der in der neuesten Zeit Thibaut (Pand. §. 142.) zurückgekehrt ist, war die, man müsse die Zeit, welche übrig bleibt, wenn man die **infantia** von der **pubertas** abzieht, halbiren. Wer in der ersten Hälfte stehe, sei **infantiae**, wer in der zweiten stehe, **pubertati proximus.** Die Mehrzahl der Neueren ist indessen der Meinung, daß Alles auf die individuelle intellectuelle Ausbildung ankomme [6]).

Bisher habe ich zunächst wenigstens nur die Ausdrücke angegeben, wodurch die Personen bezeichnet werden, die sich auf einer gewissen Altersstufe befinden. Es bleibt noch übrig, anzugeben, wie die einzelnen Altersstufen selbst bezeichnet werden. Das Alter der Minderjährigen überhaupt heißt **minor aetas**, Minderjährigkeit, Minorennität; das mannbare Alter: pu-

1) L. ult. C. quando tutores v. curat. V, 60. pr. I. quib. mod. tutela finitur. I, 22.

2) §. 4. I. d. adopt. I, 11.

3) L. 18. pr. C. d. jure deliber. VI, 30.

4) §. 10. I. d. inutilib. stipul. III, 19. (20.) »Sed quod diximus de pupillis (§. 9. eod.), utique de his verum est, qui jam aliquem intellectum habent: nam infans et qui infanti proximus est, non multum a furioso distant, quia hujus aetatis pupilli nullum intellectum habent; sed in proximis infanti propter utilitatem eorum benignior juris interpretatio facta est, ut idem juris habeant, quod pubertati proximi.«

5) An deren Spitze der Glossator Accursius steht: siehe Gloss. ad cit. §. 10. I. d. inutilib. stip.

6) Siehe Glück, II, 212. folg.

Digitized by Google

bes aetas, pubertas, secunda aetas, Mannbarkeit, Mündigkeit. Die Mannbarkeit eines Minderjährigen wird auch durch den Ausdruck adolescentia bezeichnet. — Das Alter der Unmündigen heißt pupillaris aetas, prima aetas, Unmündigkeit. — Das Alter unter sieben Jahren wird infantia genannt.

II. Von den rechtlichen Wirkungen der Minderjährigkeit und ihrer verschiedenen Altersstufen.

Es fragt sich, worin unterscheiden sich rechtlich genommen die Minderjährigen von den Großjährigen? desgleichen, worin besteht der rechtliche Unterschied unter den Minderjährigen selbst je nach den verschiedenen Arten derselben?

Zuerst will ich dasjenige anführen, was sich auf Minderjährige überhaupt bezieht, und sonach von allen Arten Minderjähriger gilt. Minderjährige können Grundstücke, welche ihnen gehören, unter Lebendigen nur mit obrigkeitlicher Genehmigung gültig veräußern oder verpfänden [7]). Ferner, zwar nicht nach Römischem, wohl aber nach Canonischem Rechte sind Minderjährige unfähig, für Andere im Gericht als Procuratoren aufzutreten [8]). Eben so sind sie unfähig, über Andere die Vormundschaft zu führen. (§. 747.) Sind sie sui juris, so bedürfen sie selbst eines Vormundes. Endlich werden die Minderjährigen in gewissen Beziehungen auf eine ganz eigenthümliche Weise begünstigt, so in Beziehung auf die Unwissenheit des Rechts (§. 89.); so in Beziehung auf die Verjährung (§. §. 151. 255.); so endlich darin, daß Minderjährigkeit eine justa causa für die in integrum restitutio ist. (§. 184 folg.) So viel von den Minderjährigen überhaupt.

7) L. 3. C. d. his, qui veniam aetat. impetrav. II, 45. »Eos, qui veniam aetatis a principali clementia impetraverunt vel impetraverint, non solum alienationem, sed etiam hypothecam minime posse sine decreti interpositione rerum suarum immobilium facere jubemus, in quarum alienatione vel hypotheca decretum illis necessarium est, qui necdum veniam aetatis meruerunt, ut similis sit in ea parte conditio minorum omnium, sive petita sit, sive non, aetatis venia.«

8) c. 5. in VI. d. procurator. I, 19.

Digitized by Google

Was nun aber zweitens die Unmündigen insbesondere betrifft, so kommen sie insgesammt darin überein: sie sind unfähig zu öffentlichen Functionen [9]), unfähig ferner zur Eingehung einer Ehe (§. 673.); unfähig, ein Testament zu errichten [10]), desgleichen unfähig zum Zeugniß nicht nur bei Testamenten [11]), sondern auch sonst [12]). — Auch noch in anderen durch das Bisherige nicht besonders ausgezeichneten Beziehungen ist die Handlungsfähigkeit der Unmündigen eigenthümlichen Beschränkungen unterworfen, aber diese Beschränkungen sind nicht bei allen Unmündigen dieselben. Es verhält sich damit nämlich so:

Infantes werden in rechtlicher Beziehung für eben so willenlos gehalten, wie die Wahnsinnigen [13]); daher sind sie denn namentlich zur Eingehung von Verträgen ganz und gar unfähig. (§. 426.) — **Infantia majores** können in ihren eigenen Angelegenheiten für sich allein auf eine vollgültige Weise nur insofern handeln, als es auf den Erwerb von Rechten ankommt. Indessen sind sie **sui juris** und stehen sie diesemnach unter Tutel, so können sie, wenn schon nicht allein, so doch unter der hinzutretenden Auctorität ihres Tutors auch andere Geschäfte auf eine vollgültige Weise vornehmen [14]). Dagegen kann die mangelhafte Handlungsfähigkeit solcher Unmündigen, welche der väterlichen Gewalt unterworfen sind, durch die Genehmigung des **parens** nicht ergänzt werden, eine Regel, von welcher nur Eine Ausnahme vorkommt, nämlich bei der Antretung einer Erbschaft [15]).

Der Unterschied zwischen **infantiae proximi** und **pubertati proximi** ist seiner rechtlichen Bedeutung nach darauf beschränkt, daß nur die **pubertati proximi** einer böslichen Absicht fähig gehalten werden, also auch sie nur solcher Vergehungen sich schul-

9) L. 2. §. 1. D. d. R. J.

10) §. 1. I. quib. non est permiss. II, 12.

11) §. 6. I. d. testam. ordin. II, 10.

12) L. 3. §. 5. L. 19. §. 1. D. d. testib. XXII, 5. — c. 1. C. 4. qu. 2. et 3.

13) cit. §. 10. I. d. inutilib. stipul. Siehe Note 4.

14) pr. et §. 1. I. d. auctorit. tutor. I, 21. §. 9. I. d. inutilib. stipul. »Pupillus omne negotium recte gerit: ita tamen ut sicubi tutoris auctoritas necessaria sit, adhibeatur tutor, veluti si ipse obligetur; nam alium sibi obligare etiam sine tutoris auctoritate potest.«

15) L. 18. §. 4. C. d. jure deliber. VI, 30.

Digitized by Google

dig machen können, die ihrem Begriffe nach das Vorhandensein einer böslichen Absicht voraussetzen [16]). So viel von den Unmündigen. —

Drittens fragt es sich, wie es insbesondere um solche Minderjährige stehe, welche die Jahre der Mündigkeit bereits erreicht haben, also um minores puberes? Diese sind zu öffentlichen Functionen im Allgemeinen nicht unfähig; ferner können sie gültiger Weise eine Ehe schließen; sie sind fähig ein Testament zu errichten und wie in anderer Beziehung, so auch bei dem Testamente eines Anderen Zeugenstelle zu vertreten. Auch können sie, wenigstens nach Römischem Rechte für sich allein vollgültig obligatorische Verpflichtungen contrahiren. Ich verweise deshalb vorläufig auf die Stellen in der Note [17]). Ausführlicher wird davon im §. 429. gehandelt werden. — Ungeachtet nun aber die Fähigkeit der Mündigen sehr viel weiter geht, als die Fähigkeit der Unmündigen, so ist doch auch sie in gewisse Schranken eingeschlossen. Außer demjenigen, was früher schon als geltend von allen Minderjährigen angeführt ist, gehört hieher noch Folgendes:

1. Minores puberes, welche unter Vormundschaft stehen, bedürfen bei gewissen Geschäften der Zustimmung ihres Curators, worüber das Nähere in den §. §. 429. 772. 773. vorgetragen werden wird. Hier will ich vorläufig nur auf zwei Hauptpunkte aufmerksam machen: der Minderjährige bedarf jener Zustimmung namentlich bei Führung von Processen, die ihn betreffen, und bei Veräußerungen, der Gegenstand der Veräußerung sei, welcher er wolle.

2. Nicht jeder Mündige ist fähig zu postuliren, d. h. der Obrigkeit in einer Rechtssache etwas vorzutragen, sondern nur derjenige, welcher das siebenzehnte Jahr vollendet hat [18]). Woraus denn folgt, daß auch nur ein Solcher zur Advocatur fähig

16) §. 20. (18.) I. d. obl. quae ex del. IV, 1. »In summa sciendum est, quaesitum esse, an impubes rem alienam amovendo furtum faciat, et placet, quia furtum ex affectu consistit, ita demum obligari eo crimine impuberem, si proximus pubertati sit, et ob id intelligat se delinquere.« Vgl. L. 13. §. 1. D. d. dolo, IV, 3. L. 111. pr. D. d. R. J.

17) L. 43. D. d. O. et A. XLIV, 7. L. 101. D. d. V. O. XLV, 1. »Puberes sine curatoribus suis possunt ex stipulatu obligari.«

18) L. 1. D. d. postulando. III, 1.

Digitized by Google

ist; denn wer nicht postuliren kann, der kann auch nicht Advocat sein.

3. Eben dieses Alter von siebenzehn Jahren wird nach Canonischem Rechte gefordert, damit Jemand außergerichtliche Geschäfte als Procurator führen könne [19]).

4. Nach Römischem Rechte ist nur derjenige, welcher bereits achtzehn Jahre alt ist, fähig, das ihm von einem Magistratus übertragene Geschäft eines Judex zu versehen [20]); und das Canonische Recht fordert bei einem Judex delegatus der Regel nach ein zwanzigjähriges Alter [21]). Letzteres Alter muß auch derjenige haben, der zum Schiedsrichter gewählt werden soll, worauf ich im §. 547. zurückkommen werde [22]).

5. Zum Beschluß muß ich jetzt noch Folgendes anführen: Es ist nur so eben des achtzehnjährigen Alters Erwähnung geschehen, desjenigen Alters also, mit dessen Eintritt einem Manne die plena pubertas zugeschrieben wird. Der Begriff nun dieser plena pubertas kommt noch in ein paar anderen rechtlichen Beziehungen in Betracht. Nämlich: 1. bei der Adoption. Wer einen Andern an Sohnes Statt annehmen will, soll wenigstens um eine plena pubertas älter sein, als der zu Adoptirende. (§. 720.) Ferner 2. wenn einem masculus bis zu erlangter Pubertät Alimente legirt sind, so müssen diese ihm bis dahin geleistet werden, daß er das achtzehnte Jahr vollendet hat [23]).

In derselben Stelle, welche diese Bestimmung enthält, wird gesagt, daß ein Mädchen auf den Grund eines solchen Legats bis zum vierzehnten Jahre Alimente verlangen könne. Dies hat dann den Neueren Veranlassung gegeben, den Begriff der plena pubertas auf beide Geschlechter zu beziehen, und zu sagen: die plena pubertas fängt bei masculi mit dem vollendeten achtzehnten, bei feminae mit dem vollendeten vierzehnten Jahre an. In den Quellen wird wenigstens der Ausdruck plena pubertas von feminae nicht gebraucht.

19) c. 5. §. 2. in VI. d. procurat. Vgl. oben den Text zu Note 8.
20) L. 57. D. d. R. jud. XLII, 1.
21) c. 41. X. d. offic. et potest. jud. del. I, 29.
22) L. 41. D. d. recept. qui arbitr. IV, 8.
23) L. 14. §. 1. D. d. aliment. etc. legat. XXXIV, 1.

Digitized by Google

§. 39.

ββ. Großjährigkeit.

† COD. II, 45. De his, qui veniam aetatis impetraverunt.

Es gibt Großjährige, die es wirklich und in der That sind; dann gibt es aber auch solche, die nur als Großjährige angesehen werden, ohne daß sie es wirklich wären. Zuerst nun von den wirklich Großjährigen, oder, wie sie auch heißen, von den Volljährigen, von den Majorennen. Zu diesen gehören Alle, welche älter sind, als fünf und zwanzig Jahre. In den Quellen werden sie bald **majores XXV. annis**, bald **majores** schlechthin genannt. Die Altersstufe selbst, auf der sie stehen, wird so bezeichnet: Großjährigkeit, Volljährigkeit, Majorennität. Die Römer sagen **major aetas**, **legitima**, **integra**, **plena aetas**. Auch durch den Ausdruck **perfecta aetas** wird mehrentheils das großjährige Alter gerade bezeichnet, jedoch nicht immer. Bisweilen wird dadurch nur das mannbare Alter angedeutet, ohne Beziehung auf den Begriff der Großjährigkeit.

Im Ganzen nun macht unter den Großjährigen das mehr oder weniger vorgerückte Alter in rechtlicher Beziehung keinen Unterschied. Einzelnes, wodurch gewisse vorgerückte Jahre eine eigenthümliche rechtliche Bedeutung erhalten, kommt allerdings vor. So wird in der Regel in demjenigen, der einen Andern arrogiren will, ein Alter von sechzig Jahren vorausgesetzt. (§. 722.) Und ferner ein Alter von mehr als siebenzig Jahren berechtigt zur Ablehnung einer deferirten Vormundschaft. (§. 753.) So viel von den wirklich Großjährigen.

Ich komme nun zweitens zu denjenigen, welche den Jahren nach minderjährig sind, dennoch aber juristisch genommen für Großjährige gelten. Dies ist der Fall mit solchen Minderjährigen, welche bei dem Regenten eine Großjährigkeitserklärung (Volljährigkeitserklärung, Majorennitätserklärung) erwirkt haben. Der Römische Ausdruck ist: **qui veniam aetatis impetraverunt.** — Derjenige, welcher eine solche Großjährigkeitserklärung zu erwirken beabsichtigt, muß vor Allem im Stande sein, sich über seinen Charakter, über sein Betragen befriedigend

Digitized by Google

auszuweisen. Außerdem bedarf es noch bei Personen männlichen Geschlechts eines wenigstens zwanzigjährigen, bei Personen weiblichen Geschlechts eines wenigstens achtzehnjährigen Alters [1]).

Die rechtliche Wirkung der Großjährigkeitserklärung besteht darin: derjenige, welcher sie impetrirt hat, wird, was seine eigenen Angelegenheiten betrifft [2]), im Allgemeinen gleich einem Großjährigen behandelt, weshalb er denn namentlich keinen Anspruch machen kann, gegen spätere Vorgänge wegen Minderjährigkeit in integrum restituirt zu werden [3]). Natürlich hört auch die Curatel auf, in der er bis dahin wegen seiner Minderjährigkeit gestanden hat. — So verhält es sich mit der rechtlichen Wirkung der Großjährigkeitserklärung im Allgemeinen. In zweierlei Beziehungen tritt indessen eine Ausnahme ein:

1. Bei der Veräußerung oder Verpfändung von Grundstücken muß auch der für großjährig Erklärte obrigkeitliche Genehmigung nachsuchen [4]).

2. Ist Großjährigkeit in einem Vertrage oder Testamente zur Bedingung gemacht, so erfordert die Erfüllung dieser Bedingung wirkliche Großjährigkeit: daß Einer veniam aetatis impetritt habe, ist nicht genügend [5]).

γ. Gesundheit.

§. 40.

αα. Des Körpers.

Den Gesunden werden entgegengesetzt nicht nur diejenigen, welche an einer Krankheit, an einem morbus leiden, sondern auch diejenigen, welche mit einem Gebrechen, einem vitium behaftet sind [1]). — In besonderer Beziehung auf die Unfähigkeit eines Mannes zur Geschlechtsgemeinschaft ist der Sprachgebrauch folgender: Spadones im weiteren Sinn sind Alle, die wegen

1) L. 2. pr. et §. 1. C. h. t.
2) Dann siehe Glück, II, 227. folg.
3) L. 1. C. eod.
4) L. 2. §. 1. i. f. L. 3. C. eod. (S. ob. §. 38. Anm. 7.)
5) L. 4. C. eod.

1) L. 101. §. 2. D. d. V. S. »Verum est, morbum esse temporalem corporis imbecillitatem, vitium vero perpetuum corporis impedimentum, veluti si talum excussit, nam et luscus utique vitiosus est.«

Digitized by Google

eines fehlerhaften körperlichen Zustandes zum Zeugungsgeschäft unfähig sind. In der engeren Bedeutung aber heißen nur diejenigen **Spadones**, deren fehlerhafter Zustand als heilbar betrachtet wird. Die der Geschlechtstheile Beraubten und deshalb Unheilbaren werden **Castrati** genannt, wenn eine chirurgische Operation, **Thlibiae** aber oder **Thlasiae**, wenn ein anderer Vorgang sie in diesen Zustand versetzt hat [2]).

Es fragt sich nunmehr, welcher Unterschied ist unter Kranken und Gebrechlichen auf der einen und Gesunden auf der andern Seite? 1. Krankheit und Gebrechlichkeit erscheinen zwar nirgends als ein juristisches Hinderniß an der Begründung rechtlicher Verhältnisse, wohl aber kann Jemand dadurch factisch an gewissen rechtlichen Handlungen, an gewissen Functionen gehindert werden. So sind Taubheit, Stummheit, Blindheit Hindernisse, welche da in Betracht kommen, wo die Frage entsteht, ob Jemand fähig sei zum Richteramte, oder zur Advocatur [3]), oder zur Führung der Vormundschaft. (§. 747.) Ferner können die angeführten Gebrechen Jemanden mehr oder weniger auch zum Zeugniß unfähig machen, namentlich zum Testamentszeugniß [4]). Auch ist ein Stummer, welcher nicht schreiben kann, außer Stande, selbst ein Testament zu errichten [5]). Und ferner: Castraten sind unfähig zur Eingehung einer Ehe (§. 673.), und eben deshalb auch unfähig zur Adoption. (§. 720.) So viel über den Einfluß des körperlichen Zustandes auf die Fähigkeit zu gewissen Functionen, zu gewissen rechtlichen Handlungen.

2. Wir finden in den Gesetzen manche Anordnung, in welcher sich eine eigenthümliche Fürsorge für preßhafte Personen ausspricht. So ist es demjenigen, der an einer bedeutenden Krankheit leidet, gestattet, sich der Uebernahme einer ihm zugefallenen Vormundschaft zu entziehen, oder auch eine bereits übernommene abzugeben. Auf beides werde ich zurückkommen in den §. §. 753 und 764. — Ferner gehört hieher, daß demjenigen, welcher

2) L. 128. D. eod. L. 39. §. 1. D. d. I. D. XXIII, 3. Theophilus ad §. 9. I. d. adopt. I, 11.

3) L. 1. §. §. 3. 5. D. d. postul. III, 1. L. 12. §. 2. D. d. judiciis. V, 1.

4) §. 6. I. d. testam. ordin. II, 10.

5) L. 10. i. f. C. qui testam. fac. poss. VI, 22.

Digitized by Google

durch Krankheit oder Gebrechen außer Stand gesetzt ist, seine eigenen Angelegenheiten zu verwalten, ein Curator beigeordnet wird, wie wir sehen werden im §. 775. — Endlich ist hieher auch zu rechnen die ganz besondere Form, welche für Testamente eines Blinden vorgeschrieben ist, denn diese Vorschrift bezweckt lediglich dieses, den Blinden, welcher testiren will, dagegen zu sichern, daß er nicht hintergangen werde [6]).

§. 41.

ββ. Gesundheit des Geistes.

In dieser Beziehung unterscheidet man zwischen **Homines sanae mentis**, und denjenigen, welche im weiteren Sinne **Dementes** oder **Mente capti** genannt werden. Darunter sind alle diejenigen zu verstehen, die sich in Hinsicht ihrer höheren Erkenntnißkräfte in einem fehlerhaften Zustande befinden [1]). Unter diesen findet nun aber wieder ein Unterschied Statt:

1. **Furiosi**, Wahnsinnige, Verrückte nennt man diejenigen, welche von ihren höheren Erkenntnißkräften einen verkehrten Gebrauch machen, indem sie von irgend einer fixen Idee beherrscht werden. Die Geisteszerrüttung solcher Personen kann mit ungestümen äußern Handlungen verbunden sein, da sie dann Raserei genannt wird, allein es ist dies nichts dem Begriff des **furor**, des Wahnsinns Wesentliches [2]). Im Ganzen wird der Zustand des Wahnsinns als heilbar angesehen. Auch läßt er Unterbrechung zu: Wahnsinnige können helle Augenblicke, **dilucida intervalla**, haben. Daher der Unterschied zwischen dem **continuus furor**, und demjenigen, **qui intervalla habet** [3]). So viel von den **furiosi**. Von diesen werden unterschieden

6) L. 8. C. eod.

1) Daß in dieser weiteren Bedeutung unter den dementes auch die furiosi enthalten sind, ergibt L. 7. §. 1. D. d. curator. furios. XXVII, 10.; desgleichen L. 14. D. d. offic. Praesid. I, 18. — Daß unter dem Ausdruck mente captus auch der furiosus mit verstanden wird, geht hervor aus Justinians Constitution über die s. g. Quasi-Pupillarsubstitution. L. 9. C. d. impuber. et aliis substitut. VI, 26. §. 1. I. d. pupill. substit. II, 16.

2) Daher Thibaut, Pand. §. 144. fälschlich den Begriff von furiosi auf Rasende beschränkt.

3) L. 6. C. d. curator. furios. V, 70. L. 22. §. 7. D. Soluto matrim. XXIV, 3. L. 14. D. d. offic. Praesid. I, 18.

Digitized by Google

2. die **Dementes**, die **Mente capti** im engeren Sinne, welche wir im Deutschen **Blödsinnige** nennen. Die Fehlerhaftigkeit des geistigen Zustandes liegt hier nicht sowohl in einer verkehrten Anwendung, als vielmehr in einer an Mangel grenzenden Schwäche der höheren Erkenntnißkräfte [4]). Dieser Mangel wird im Ganzen als unheilbar angesehen, wie er denn auch keine Unterbrechung zu gestatten pflegt.

Nunmehr nach Auseinandersetzung des factischen Unterschiedes zwischen **homines sanae mentis** und solchen, die es nicht sind, fragt es sich nach der rechtlichen Bedeutung dieses Unterschiedes. In der Rechtsfähigkeit liegt er nicht. Derjenige, welcher in Wahnsinn oder Blödsinn verfällt, behält die Rechte, welche er früher hatte, und eben so dauern die Verbindlichkeiten fort, welche er früher contrahirt hatte. Ja, auch neue Rechte kann er erwerben und neuen Verbindlichkeiten unterworfen werden, sobald nur dazu keine Willenserklärung von seiner Seite erforderlich ist [5]). Aber freilich eines durch Vernunft bestimmbaren Willens ist der Geisteskranke unfähig [6]). Hieraus folgt nun aber: 1. Geisteskranke sind unfähig zur Verwaltung öffentlicher Functionen, namentlich zur Verwaltung des Richteramts [7]), zur Führung einer Vormundschaft (§. 741.) u. s. w. 2. Willenserklärungen, welche Geisteskranke in ihren Angelegenheiten abgeben, sind ohne Wirkung [8]). Daher können Wahnsinnige und Blödsinnige keinen Vertrag eingehen (§. 426.), daher keine Ehe schließen (§. 681.),

4) Furor und dementia werden einander entgegengesetzt in L. 8. §. 1. D. d. tutorib. et curatorib. XXVI, 5. L. 6. D. d. curatorib. furios. XXVII, 10. — So furiosi und mente capti in §. §. 3. 4. I. d. curatorib. I, 23.; vgl. in L. 25. C. d. nupt. V, 4. In dieser Stelle werden im Gegensatz gegen den furiosus die Ausdrücke demens und mente captus gleichbedeutend gebraucht.

5) L. 20. D. d. stat. hom. I, 5. L. 16. §. 2. D. d. R. N. XXIII, 2. L. 16. §. 1. D. qui testam. fac. poss. XXVIII, 1. L. 70. §. 4. D. d. fidejussor. XLI, 1. — Thibaut, Pand. §. 212. der 7ten Ausg. spricht den Geisteskranken die Rechtsfähigkeit ab. Das aber ist durchaus unrichtig. Geisteskranke sind gerade eben so rechtsfähig, wie diejenigen, welche sanae mentis sind. Den Beweis enthalten die angeführten Stellen. Auch ist Thibaut selbst in der 8ten Ausgabe jenes Buchs, §. 144., von jener Ansicht abgegangen.

6) In L. 40. D. d. R. J. wird dies so ausgedrückt: »Furiosi (vel ejus, cui bonis interdictum sit,) nulla voluntas est.«

7) L. 12. §. 2. D. d. judic. V, 1.

8) §. 8. I. d. inutilib. stipul. III, 19. (20.). »Furiosus nullum negotium gerere potest, quia non intelligit, quid agit.«

Digitized by Google

daher kein Testament errichten [9]), keine Erbschaft antreten [10]). 3. Bei unerlaubten, verbotenen Handlungen, welche Wahnsinnige oder Blödsinnige vornehmen, fällt alle Zurechnung weg, und somit auch alle Bestrafung [11]). — Dies Alles sind Folgesätze daraus, daß der Wahnsinnige, der Blödsinnige unfähig ist eines durch Vernunft bestimmbaren Willens. Zum Theil hierauf, zum Theil aber auch darauf, daß Geisteskrankheit ein Hinderniß besonnener Wahrnehmung ist, beruhet 4. die Unfähigkeit der Geisteskranken zum Zeugniß, namentlich zum Testamentszeugniß [12]).

Jener Mangel eines durch Vernunft bestimmbaren Willens ist nun aber auch ferner der Grund, weshalb Wahnsinnige und Blödsinnige unter Curatel gestellt werden (§. 774.).

Uebrigens versteht es sich, daß die Handlungen, welche Wahnsinnige in hellen Augenblicken vornehmen, dieselben rechtlichen Folgen haben, wie die Handlungen derjenigen, welche **sanae mentis** sind [13]).

So viel von den eigentlichen Geisteskranken. Nun ist aber noch zu bemerken, daß den Wahnsinnigen in vielen Beziehungen gleich geachtet werden die **Prodigi**, d. h. diejenigen, welche gerichtlich für Verschwender erklärt sind, und denen in Gemäßheit dessen die Verwaltung ihres Vermögens genommen ist. Der technische Ausdruck für diese Entziehung der Verwaltung ist: **bonis interdicere**. Von einem solchen **prodigus** nun wird in unsern Quellen gesagt, er habe gleich dem Wahnsinnigen keine **voluntas** [6]). Dies darf jedoch nicht buchstäblich genommen werden. Es gilt nicht, inwiefern die Rede ist von solchen Willenserklärungen, wodurch Rechte sollen erworben werden. In dieser Beziehung ist der **prodigus** allerdings handlungsfähig [14]). In

9) §. 1. I. quib. non est permiss. testam. fac. II, 12.

10) L. 63. D. d. A. v. O. H. XXIX, 2. »Furiosus acquirere sibi commodum hereditatis ex testamento non potest, nisi si necessarius patri aut domino heres existat. Per alium autem acquiri ei potest, veluti per servum, vel eum, quem in potestate habet.« Vgl. oben den Text zu Note 5.

11) L. 12. D. ad Leg. Cornel. d. sicar. XLVIII, 8. L. 9. §. 2. D. d. leg. Pompeja d. parricid. XLVIII, 9.

12) L. 20. §. 4. D. qui testam. fac. XXVIII, 1.

13) L. 6. C. d. curator. furios. V, 70. §. 1. I. quib. non est permiss. II, 12.

14) L. 5. §. 1. D. d. A. v. O. H. XXIX, 2. »Eum cui lege bonis

Digitized by Google

anderer Beziehung ist er es nicht. So kann er keine Verträge eingehen, wodurch er sich verpflichtet [15]; so auch kein Testament errichten, und eben so wenig Zeuge sein bei dem Testament eines Andern [16].

c. Juristische Zustände. (§. §. 42-51.)

§. 42.

α. Eheliche Geburt.

† COD. V, 27. De naturalibus liberis etc.

I. Ueber den Unterschied zwischen ehelich und unehelich Geborenen an und für sich.

Ehelich geboren, legitime nati, sind diejenigen, welche gleich von ihrer Geburt an für solche gelten, die aus einer ehelichen Verbindung entsprossen sind. Eine nichtige Ehe ist keine Ehe, und sonach werden wir auch von den aus einer solchen Ehe Entsprossenen nicht sagen können, sie wären ehelich Geborne [1]. Gesetzt nun aber, die Ehe ist eine gültige: soll da Jemand als aus ihr entsprossen angesehen werden, so darf sie natürlich nicht außer den Grenzen desjenigen Zeitraums liegen, der mit der Zeugung, mit der Empfängniß beginnt, und mit der Geburt schließt. Aber daß die Ehe während der ganzen Dauer dieses Zeitraums bestanden habe, das wird nicht gefordert. Das vorjustinianische Recht sah lediglich auf den Zeitpunkt der Zeugung; aber nach Justinianischem Recht ist es im Allgemeinen genommen nicht nothwendig, daß zur Zeit der Zeugung gerade Vater und Mutter verheirathet gewesen seien [2]. Die Zeit der Zeugung und Empfängniß kommt nur dann in Betracht [3], wenn

interdicitur, heredem institutum posse adire hereditatem constat.‹ Vat. Note 10. und L. 6. D. d. V. O. XLV, 1.

15) cit. L. 6. D. d. V. O.

16) L. 18. pr. D. qui testam. fac. XXVIII, 1.

1) §. 12. I. d. nupt. I, 10. L. 3. C. soluto matrim. V, 18.

2) L. 11. C. h. t. ›— — — Et generaliter definimus, — — ut semper in hujusmodi quaestionibus, in quibus de statu liberorum est dubitatio, non conceptionis, sed partus tempus inspiciatur: — — exceptis his tantummodo casibus, in quibus conceptionem magis approbari infantium conditionis utilitas expostulat.‹

3) Und zwar in der Art, daß nothwendig um die Zeit der möglichen Empfängniß Ehe bestanden haben muß. Nur wenn der Mann das Kind anerkennt, kommt es auf Ehe zur Zeit der Zeugung nicht an.

Digitized by Google

es streitig ist, ob derjenige, der für den Vater ausgegeben wird, es wirklich sei. Das Römische Recht nämlich geht von der Ansicht aus, daß ein eigentlicher Beweis der Vaterschaft unmöglich sei. Wohl aber erkennt es die Vermuthung als richtig an, daß derjenige des Kindes Vater sei, mit welchem die Mutter um die Zeit der möglichen Empfängniß verheirathet gewesen ist. Dies ist die Bedeutung der Regel: »Pater is est, quem nuptiae demonstrant« [4]). Fragen wir nun aber, welche Zeit ist die der möglichen Empfängniß, so ist die Antwort folgende: Man nimmt an, ein lebensfähiges Kind kommt jederzeit zur Welt zwischen dem hundert und zwei und achtzigsten Tage nach der Empfängniß, und dem Ablaufe des zehnten Monats, oder was dasselbe sagen will, des dreihundertsten Tages [5]). Diesem gemäß nun verfährt man bei Anwendung der Regel: »Pater is est etc.« also: Zuerst berechnet man den Zeitpunkt, welcher der Geburt des Kindes um hundert und zwei und achtzig, dann denjenigen, welcher ihr um dreihundert Tage vorausgeht: der durch diese beiden Zeitpunkte begrenzte Zeitraum gilt für den der möglichen Empfängniß; derjenige aber, welcher während desselben mit der Mutter, wenn auch nur vorübergehend, verheirathet gewesen ist, wird als Vater des Kindes angesehen, und davon ist eine nothwendige Folge, daß das Kind für ein ehelich geborenes gilt. Um die Sache an einem Beispiele zu erläutern: angenommen es wird ein Kind geboren am 28sten October. Rechnen wir nun hier zuerst 182 Tage zurück, so kommen wir auf den 29sten April: rechnen wir dann weiter zehn Monate, d. h. 300 Tage zurück, so kommen wir auf den 1sten Januar. Ist nun die Mutter des Kindes innerhalb des Zeitraums zwischen dem 1sten Januar und dem 29sten April auch nur vorübergehend verheirathet gewesen, so wird das Kind,

4) L. 5. D. d. in jus vocando. II, 4.

5) Wegen der ersten Zeitbestimmung erinnere ich an das im §. 33. (Note 5.) Vorgetragene, wegen der zweiten verweise ich auf L. 3. §. 11. D. d. suis et legit. XXXVIII, 16. (»Post decem menses mortis natus non admittetur ad legitimam hereditatem.«) desgleichen auf L. 29. pr. D. d. lib. et postum. XXVIII, 2. und L. 4. C. d. postum. hered. VI, 29.

Digitized by Google

was sie geboren hat, als damals von ihrem damaligen Manne erzeugt, und sonach als ehelich geboren behandelt.

Uebrigens sind Viele der Meinung, man müsse sich nicht bloß auf die Zeitberechnung beschränken, sondern zugleich die Beschaffenheit des Kindes in Betracht ziehen. Man könne daher ein nach dem Zeugniß der Aerzte völlig ausgetragenes Kind, wenn es zu Anfange des siebenten Monats nach Eingehung der Ehe geboren worden, und der Mann den früheren Beischlaf in Abrede stelle, nicht als ein eheliches Kind betrachten, und eben so wenig sei z. B. ein nach dem Zeugniß der Aerzte nicht ausgetragenes Kind, wenn es erst im zehnten Monate nach getrennter Ehe zur Welt komme, für ehelich zu halten [6]). Indessen die Gesetze sagen darüber nichts. Und in der That scheint hier auch eine durchgreifende Bestimmung, nach der man sich ein für alle Mal nur an gewisse Zeitpunkte, und an die allgemeine Voraussetzung der Vitalität des Kindes hält, ganz zweckmäßig [7]). Unumstößlich ist allerdings der aus der Regel, »Pater is est, quem »nuptiae demonstrant,« entlehnte Beweis der Paternität nicht; aber er kann nur durch einen ganz evidenten Beweis der Unmöglichkeit entkräftet werden [8]). Die bloße Aussage der Mutter, das Kind sei nicht von demjenigen, mit welchem sie zur Zeit der Empfängniß in der Ehe gelebt hat, constituirt keinen solchen Gegenbeweis. Es kann außer allem Zweifel sein, daß die Mutter sich eines Ehebruchs schuldig gemacht hat: daraus allein folgt noch immer nicht, daß sie im Ehebruche gerade empfangen habe [9]).

Was ich über die eheliche Geburt bisher gesagt habe, bildet die Regel. Nun aber sind noch folgende Modificationen dieser Regel zu bemerken:

6) Dieser Meinung folgt unter Anderen Glück, II. S. 103. folg.; sie findet sich schon bei Struben, rechtl. Bedenken: Nr 72. der Spangenbergschen Ausg.; eben so bei Hofacker, Principia jur. civ. I. §. 544.

7) Gegen jene Ansicht haben sich auch erklärt: Spangenberg in einer Anm. zu Struben a. a. O.; desgl. Weber, Beweisführung. V, 11.

8) Beispiele eines solchen Gegenbeweises enthält L. 6. D. d. his, qui sui. I, 6.

9) L. 29. §. 1. D. d. probation. XXII, 3. L. 11. §. 9. D. ad leg. Jul. d. adult. XLVIII, 5.

Digitized by Google

Die erste ist diese: für ehelich geboren gelten auch Kinder aus einer putativen Ehe. Darunter versteht man eine in gehöriger Form eingegangene Ehe, die dessen ungeachtet eines sonstigen Ehehindernisses wegen nichtig ist, aber doch von beiden Theilen, oder doch von Einem Theile wenigstens für gültig gehalten wird. Kinder aus einer solchen Ehe sollen nach Canonischem Rechte als eheliche Kinder angesehen werden [10]). Nach Justinianischem Rechte kann man dasselbe nicht behaupten. Es findet sich zwar auch im Justinianischen Rechte eine Stelle, in welcher Kinder aus einer putativen Ehe für legitim erklärt werden [11]). Allein diese Stelle enthält unsern Grundsatz keineswegs in seiner ganzen Allgemeinheit, sondern sie bezieht sich auf einen durch die Concurrenz mehrer Umstände eigenthümlich gearteten Fall. (S. Note 11.)

Die zweite Modification unserer Regel beruhet auf der Nov. 117, c. 2. Der Fall ist dieser: es zeugt Jemand mit einer freien Frau, mit welcher verheirathet zu sein die Gesetze ihm gestatten, einen Sohn oder eine Tochter. Später nennt er in seinem Testamente, oder sonst in einem gehörig beglaubigten Instrumente, oder auch in einer Erklärung zu den Acten jenes Kind seinen Sohn, oder seine Tochter, ohne hinzuzufügen, daß es nur ein natürliches Kind sei: alsdann soll diese Erklärung ein zureichender Beweis sein dafür, daß das Kind aus jener Verbindung entsprossen, und die Verbindung selbst eine gesetzmäßige Ehe gewesen sei. Hat der Vater mit derselben Frau mehre Kinder gezeugt, und er hat auf die angegebene Weise sich auch nur über Eines erklärt, so soll diese Erklärung auch den übrigen zu Statten kommen.

So viel von den ehelich Geborenen. Ich komme nun zu

10) c. 2. 11. 14. X. qui filii sint legit. IV, 17.

11) L. 57. §. 1. D. d. R. N. XXIII, 2. »— — divus Marcus et Lucius Imperatores Flaviae Tertyllae ita rescripserunt: Movemur et temporis diuturnitate, quo ignara juris in matrimonio avunculi tui fuisti, et quod ab avia tua collocata es, et numero liberorum vestrorum: idcircoque, cum haec omnia in unum concurrant, confirmamus statum liberorum vestrorum in eo matrimonio quaesitorum, quod ante annos quadraginta contractum est, perinde ac si legitime concepti fuissent.«

Digitized by Google

den unehelich Geborenen, den illegitime nati. Dieser Begriff selbst ist ein rein negativer: unehelich geboren sind nämlich Alle, die nicht gleich von ihrer Geburt an als aus einer ehelichen Verbindung entsprossen angesehen werden. In den Quellen ist der allgemeine Ausdruck für alle unehelich Geborene »vulgo concepti«, »vulgo quaesiti«, desgleichen »spurii« [12]). Von viel beschränkterer Bedeutung ist in den Quellen der Ausdruck »naturales liberi.« Darunter werden nur solche uneheliche Kinder verstanden, die Jemand mit einer Concubine erzeugt hat. Indessen muß ich hiebei bemerken, daß gar oft der Ausdruck »naturales liberi« auch in einer ganz allgemeinen Bedeutung vorkommt, nämlich für Kinder durch wirkliche Abstammung, für leibliche Kinder, im Gegensatz gegen Adoptivkinder.

Uebrigens können unehelich Geborene möglicher Weise hinterdrein zu den Rechten ehelich Geborener gelangen, und zwar in zweifacher Art: 1. durch Legitimation, da sie denn als eheliche Kinder ihrer leiblichen Eltern behandelt werden. (§. 719.) 2. dadurch, daß sie von einem Dritten adoptirt werden, und nun als dessen eheliche Kinder gelten. (§. §. 720—723.) —

II. Von den rechtlichen Wirkungen dieses Unterschiedes.

Ich will diese zunächst nur ganz im Allgemeinen bezeichnen: einige nähere Bestimmungen behalte ich mir vor bis nachher. — Das Allgemeine nun ist dieses:

1. Eheliche Kinder folgen dem Stande des Vaters, uneheliche dagegen dem Stande der Mutter [13]). Nach vorjustinianischem Rechte ward diese Regel in der Art angewandt, daß man bei dem Vater den Stand zur Zeit der Zeugung, bei der Mutter aber den Stand zur Zeit der Geburt des Kindes berücksichtigte. Justinian hat diesen Unterschied aufgehoben: durchweg soll auf die Zeit der Geburt gesehen werden, außer wenn es für das Kind vortheilhafter ist, die Zeit der Zeugung, der Empfängniß zu berücksichtigen [14]). —

2. Eheliche Kinder können gleich von ihrer Geburt an unter

12) L. 23. D. d. stat. hom. I, 5.
13) L. 19. L. 24. D. eod.
14) Sieh ob. d. Stelle in Anm. 2.

Digitized by Google

väterlicher Gewalt stehen, worüber das Nähere vorkommen wird im §. 718. Uneheliche Kinder dagegen werden jederzeit als homines sui juris geboren; in väterliche Gewalt können sie nur durch Legitimation oder Adoption kommen.

3. Bei ehelich Geborenen ist der Vater juristisch gewiß. Daher sind sie denn auch auf eine juristisch wirksame Weise verwandt, eben sowohl mit dem Vater und dessen Verwandten, als mit der Mutter und deren Angehörigen. Unehelich Geborene dagegen werden juristisch der Regel nach als vaterlos betrachtet [15]); und dem gemäß stehen sie in rechtlich anerkannten Verwandtschaftsverhältnissen nur zu der Mutter und deren Verwandten. — Hiemit hängt

4. Folgendes zusammen: die in der Novelle 118. über die Intestaterbfolge unter Verwandten aufgestellten Grundsätze finden auf ehelich Geborene eben sowohl da Anwendung, wo es auf Verwandtschaft mit dem Vater, als da, wo es auf Verwandtschaft mit der Mutter ankommt. Dagegen lassen sich jene Grundsätze auf unehelich Geborene nur im Verhältniß zu ihrer Mutter und deren Verwandten anwenden.

5. Unehelich Geborene sind nach Deutschem Rechte anrüchig. Davon im §. 48.

So viel im Allgemeinen. Es bedarf jetzt aber noch mancher näherer Bestimmungen:

Nach Römischem Rechte findet dasjenige, was unter den Nummern 1. 2. und 4. über ehelich Geborene gesagt ist, nicht auf alle ehelich Geborene überhaupt Anwendung, sondern nur auf diejenigen, die gerade aus einer Römischen Ehe entsprossen sind, ein Begriff, dessen Bedeutung wir im §. 666. werden kennen lernen. Heutiges Tages aber kommt der Unterschied zwischen Römischer und Nicht-Römischer Ehe nicht weiter in Betracht. Dagegen kennen wir einen andern Unterschied: es gibt Ehen, welche Mißheirathen, desgleichen solche, welche Ehen zur linken Hand genannt werden. Kinder, die aus dergleichen

15) cit. L. 23. D. d. stat. hom. »Vulgo concepti dicuntur, qui patrem demonstrare non possunt, vel qui possunt quidem, sed eum habent, quem habere non licet.« Vgl. §. 12. I. d. nupt. I, 10. und L. 3. C. solut. matrim. V, 18.

Digitized by Google

Ehen entsproſſen ſind, gehören allerdings zu den ehelich Geborenen, aber die eheliche Geburt hat bei ihnen nicht dieſelben rechtlichen Wirkungen, wie bei anderen ehelich Geborenen. Die weitere Auseinanderſetzung gehört indeſſen in das Deutſche Privatrecht [16]),

Ferner muß ich aber bemerken: der unter Nro. 3. aufgeſtellte Satz, daß unehelich Geborene juriſtiſch als vaterlos betrachtet werden, unterliegt einigen Ausnahmen. Nämlich:

1. In Bezug auf den Begriff der Blutſchande und in der damit zuſammenhängenden Lehre von den Ehehinderniſſen wegen Verwandtſchaft und Verſchwägerung wird bei unehelich Geborenen auch das Verhältniß zum Vater und zu deſſen Verwandten in Betracht gezogen [17]).

2. Juſtinian hat ein eigenthümliches, von den allgemeinen Grundſätzen abweichendes Recht der Inteſtaterbfolge eingeführt zwiſchen dem natürlichen Vater und deſſen im Concubinate erzeugten Kindern [18]). So beſchränkt dieſes Anerkenntniß auch iſt, ſo ſetzt es doch ein Anerkenntniß der Paternität voraus, und bildet dadurch eine Ausnahme von unſerer Regel. Heutiges Tags gibt man dieſem Succeſſionsrechte eine Anwendung auch auf ſolche uneheliche Kinder, die nicht gerade im Concubinate erzeugt ſind.

3. Kinder können verlangen, von dem Vater alimentirt zu werden. Bei den Römern hatten dieſes Recht in früherer Zeit nur eheliche Kinder; im Juſtinianiſchen Rechte haben es auch Kinder, welche im Concubinate erzeugt ſind. Noch weiter geht man heutiges Tages. Da gilt allgemein in Hinſicht unehelicher Kinder folgende Regel: derjenige, der nach der Zeit des ausgemittelten Beiſchlafes mit der Mutter des Kindes Vaters ſein kann, iſt zu deſſen Alimentation verpflichtet. Ich werde hierauf zurückkommen im §. 745. Hierin liegt nun alſo abermals eine Abweichung von dem Grundſatze, daß uneheliche Kinder als vaterlos betrachtet werden.

16) Siehe Eichhorn, Deutſch. Privatr. §. §. 292-94.

17) Ich verweiſe deshalb auf die §. §. 675. 676. unten.

18) Durch die Nov. 18. c. 5. und Nov. 89. c. 12. 13.

Digitized by Google

β. Bürgerliche Ehre. (§. §. 43—48.)

αα. Römisches Recht.

† DIG. III, 2. De his, qui notantur infamia. — † COD. II, 12. Ex quibus causis infamia irrogatur. — X, 57. De infamibus.

§. 43.

a. Einleitung [1]).

Die bürgerliche Ehre eines Menschen ist in zwiefacher Beziehung Gegenstand rechtlicher Betrachtung. Einmal in Beziehung auf die Möglichkeit, daß sie von Anderen unerlaubter Weise verletzt werden kann. In einer solchen Verletzung liegt ein Vergehen, wodurch der Verletzende dem Verletzten zur Genugthuung verpflichtet wird. Hiervon wird im Obligationenrecht, im §. 593. folg. gehandelt werden. Die andere Beziehung ist die, daß die bürgerliche Ehre nach Gesetz oder Gewohnheitsrecht von Rechtswegen verloren gehen, oder vermindert werden kann, und dies ist etwas, wovon schon hier zu handeln ist.

Die Römer bezeichnen den Begriff der bürgerlichen Ehre, von welchem sie in dieser Lehre ausgehen, mit dem Ausdruck »existimatio«; den Begriff selbst aber fassen sie nicht in der Allgemeinheit auf, in welcher er an und für sich aufgefaßt werden könnte, sondern sie beschränken ihn auf die Voraussetzung der Civität. Sie verstehen nämlich unter existimatio das Ansehen, worauf ein Römischer Bürger Anspruch machen darf, entweder schon um der bloßen Civität willen oder wegen des besondern Standes und Ranges, welcher ihm zukommt [2]). Die existimatio nun kann vernichtet werden; sie kann aber auch bloß eine Verminderung erfahren. In jenem Fall sagen die Römer: »consumitur existimatio,« in diesem: »minuitur existimatio« [3]). Vernichtet wird die existimatio durch den Verlust der Civität, gleichviel, ob der Verlust der Freiheit damit verbunden ist, oder

1) Theod. Marezoll, über die bürgerliche Ehre, ihre gänzliche Entziehung und theilweise Schmälerung. Gieß. 1824. 8.

2) Hierüber verdient verglichen zu werden Marezoll a. a. O. S. 6. folg.

3) L. 5. §. 1. D. d. extraord cognit. L, 13. »Existimatio est dignitatis illaesae status, legibus ac moribus comprobatus, qui ex delicto nostro auctoritate legum aut minuitur, aut consumitur.«

Digitized by Google

nicht — also durch **maxima** und **media capitis deminutio** [4]). Eine Verminderung konnte die **existimatio** bei den Römern auf mehr, als eine Weise erfahren [5]). So lag z. B. in früherer Zeit eine solche Verminderung in der Notation durch den Censor. Das meiste Interesse hat nun aber für uns die Verminderung der **existimatio** durch **Infamia**. Nur diese ist es, welche für unser heutiges gemeines Recht in Betracht kommt.

Nun aber fragt es sich natürlich vor Allem, was ist **Infamia**? Bleiben wir stehen bei dem eigentlichen technischen Begriff der **infamia**, so müssen wir sagen: der Ausdruck **infamia** bezeichnet eine, an bestimmte Voraussetzungen geknüpfte, mit bestimmten rechtlichen Nachtheilen verbundene, gesetzlich anerkannte Geringschätzung. Diese **infamia** beruht ursprünglich auf Bestimmungen des prätorischen Edicts, die aber allerdings späterhin manche, aus anderen Quellen hervorgegangene Erweiterungen und Modificationen erfahren haben. Die mit dieser **infamia** Behafteten werden in unseren Quellen genannt: »**infamia notati**,« »**infames**,« »**famosi**«, »**ignominia notati**,« »**ignominiosi**.« Nun aber kann auch, außer den Grenzen der gesetzlichen, ausdrücklich und im Einzelnen bezeichneten, Voraussetzungen, die Lebens- und Handlungsweise eines Menschen von der Art sein, daß sie mit Recht öffentliche Geringschätzung nach sich zieht. Und es ist nicht zu läugnen, daß auch solche Geringschätzung für den-

4) L. 5. §. 3. D. eod. »**Consumitur vero, quoties magna capitis minutio intervenit, id est cum libertas adimitur, veluti cum aqua et igni interdicitur, quod in persona deportatorum evenit, vel cum plebejus in opus metalli vel in metallum datur....**« Der Ausdruck »**magna capitis minutio**« erregt Bedenken. Ohne Zweifel ist er indessen hier in der Bedeutung zu nehmen, in welcher er die **maxima** und **media capit. dem.** in sich faßt. Ich verweise in dieser Beziehung auf §. 35. Not. 16. — Außerdem macht das Wort »**veluti**« Schwierigkeit, denn die **aqua et igni interdictio** führt den Verlust der Freiheit nicht mit sich, sondern nur den Verlust der Civität. Ohne Emendation scheint die Schwierigkeit nicht gehoben werden zu können. Am leichtesten und vollständigsten dürfte dadurch zu helfen sein, daß man statt »**veluti**« läse »**vel**« ohne das hinzugefügte »**uti**«. —

5) L. 5. §. 2. D. eod. »**Minuitur existimatio, quoties manente libertate circa statum dignitatis poena plectimur, sicuti cum relegatur quis, vel cum ordine movetur, vel cum prohibetur honoribus publicis fungi, vel cum plebejus fustibus caeditur, vel in opus publicum datur, vel cum in eam causam quis incidit, quae edicto perpetuo infamiae causa enumeratur.**«

Digitized by Google

jenigen, welchen sie verdienter Weise trifft, mit rechtlichen Nachtheilen verbunden ist. In Beziehung auf Fälle dieser Art kommt in unsern Quellen der Ausdruck »turpitudo« vor; nicht aber der Ausdruck »infamia,« wenigstens nicht in technischer Bedeutung. Die Neueren indessen brauchen **Infamia** als **terminus technicus** in allen bisher erwähnten Fällen. Jedoch beobachten sie dabei folgenden Unterschied: die Geringschätzung in den gesetzlich bestimmten Fällen nennen sie »**infamia juris**;« die Geringschätzung in den nicht genau bestimmten Fällen nennen sie »**infamia facti.**« Diesen Sprachgebrauch werde auch ich fortan befolgen.

Was nun aber insbesondere die **infamia juris** anbelangt, so ist diese ihrer Entstehung nach von einer gedoppelten Art. Sie ist oftmals die unmittelbare Folge davon, daß Jemand sich einem verächtlichen Gewerbe hingegeben, daß er sich irgend eine einzelne schändliche Handlung erlaubt hat u. s. w.; oft aber trifft sie einen Menschen erst von dem Augenblicke an, da er durch richterlichen Ausspruch einer bestimmten unerlaubten Handlung schuldig erkannt ist, oder doch einem Verurtheilten gleich geachtet werden kann. Dort tritt sie **ipso jure** ein, hier bedarf es erst noch eines den Eintritt der Strafe vermittelnden Umstandes. Diesen Unterschied bezeichnen die Neuern so: sie sagen, die **infamia juris** ist entweder eine **immediata**, oder **mediata**.

Dies vorausgeschickt, wende ich mich nunmehr zu der detaillirteren Darstellung der Lehre von der **infamia**, und zwar ist dabei der Plan dieser: Zuerst soll von der **infamia juris** die Rede sein (§. §. 44—46.), dann im §. 47. von der **infamia facti**.

Bei der **infamia juris** kommt vor Allem die Entstehung in Betracht; darauf bezieht sich der folgende Paragraph.

b. S. g. Infamia juris.

§. 44.

aa. Entstehung.

Es ist hier zunächst von der sogenannten **Infamia immediata** zu handeln: alsdann von der s. g. **Infamia mediata**.

I. S. g. Infamia immediata.

Diese trifft gewisse Personen wegen des Gewerbes, welches

Digitized by Google

sie treiben; es gibt aber auch noch manche andere Gründe der Infamie. Zuerst von jenen.

A. Ihres Gewerbes halber trifft Infamie 1. diejenigen, qui artem ludicram faciunt, d. h. diejenigen, welche bei Schauspielen oder Schaukämpfen um Lohn auftreten [1]). 2. Diejenigen, qui lenocinium faciunt [2]). 3. Diejenigen, quae palam quaestum faciunt [3]).

B. Aus andern Gründen sind, um nur das am Meisten Bemerkenswerthe anzuführen, folgende Personen infames: 1. Verschuldete, deren Vermögen durch obrigkeitliche Verfügung den Gläubigern überwiesen und zur Befriedigung derselben veräußert ist. Durch freiwillige Güterabtretung entgeht der Verschuldete der Infamie [4]). 2. Großjährige, welche freiwillig eingegangene und beschworne »pacta vel transactiones« brechen [5]). 3. Diejenigen, welche unerlaubten Zinswucher treiben [6]). 4. Diejenigen, welche gleichzeitig mit mehren Personen verlobt sind; desgleichen diejenigen, welche Namens eines ihrer väterlichen Gewalt Unterworfenen ein neues Verlöbniß schließen, ehe das früher eingegangene aufgehoben ist, oder es auch nur dulden, daß ein ihrer väterlichen Gewalt Unterworfener gleichzeitig mehrfach verlobt sei. Kinder, welche auf Befehl desjenigen handeln, in dessen väterlicher Gewalt sie sich befinden, trifft die Infamie nicht [7]). 5. Diejenigen, welche sich Gleiches in Beziehung auf die Schließung einer Ehe zu Schulden kommen lassen [8]) 6. Wittwen, welche sich vor Ablauf des Trauerjahres wieder verheirathen; desgleichen diejenigen, welche eine Wittwe wissentlich vor Ablauf des Trauerjahres zur Frau nehmen; eben so diejenigen, welche Personen, die ihrer väterlichen Gewalt unterworfen sind, zu einer Verbindung der bezeichneten Art veranlassen, oder es

1) L. 1. §. 6. D. d. postul. III, 1. L. 1. L. 2. §. ult. L. 3. D. h. t.

2) L. 1. L. 4. §. §. 2. 3. D. h. t. L. 43. §. §. 6-9. D. d. R. N. XXIII, 2.

3) L. 24. D. h. t. L. 41. pr. L. 43. pr. et §. §. 1-5. D. d. R. N.

4) L. 11. C. h. t. L. ult. C. qui bon. ced. poss. VII, 71.

5) L. 41. C. d. transact. II, 4. Diese Stelle wird von Einigen auf Verträge überhaupt, von Andern nur auf pacta de non petendo und transactiones bezogen: die Meisten beschränken sie auf Vergleiche.

6) L. 20. C. h. t.

7) L. 1. L. 13. §. §. 1-4. D. h. t.

8) L. 1. D. h. t. L. 2. C. d. incest. et inutilib. nupt. V, 5. L. 18. C. ad leg. Jul. d. adulter. IX, 9.

Digitized by Google

auch nur dulden, daß die ihrer väterlichen Gewalt Unterworfenen eine ſolche Verbindung eingehen. Kinder, welche auf Befehl desjenigen handeln, in deſſen väterlicher Gewalt ſie ſich befinden, werden mit der Infamie verſchont [9]). 7. Vormünder, welche ihre Pflegbefohlene heirathen, ehe dieſe großjährig geworden, und die Zeit, innerhalb deren ſie wegen Minderjährigkeit um Reſtitution nachſuchen kann, abgelaufen iſt. Verheirathet der Vormund die Pflegbefohlene mit ſeinem Sohne, ſo ſind beide infames, Vater und Sohn [10]). 8. Frauen, die im Ehebruche auf der That ergriffen ſind [11]). 9. Diejenigen, welche eine von ihnen erhobene Criminalanklage, vor erfolgter Abolition, fallen laſſen [12]). 10. Militairperſonen, welche ignominiae causa aus dem Dienſte entlaſſen ſind [13]).

II. S. g. Infamia mediata.

Sie wird, der Regel nach, durch Verurtheilung, ausnahmsweiſe durch Vergleich vermittelt.

A. Durch Verurtheilung.

a. Rückſichtlich der allgemeinen Erforderniſſe in Hinſicht des vorauszuſetzenden Urtheils iſt Folgendes zu bemerken:

Daß in dem Urtheile auf die Infamie eigens erkannt werde, oder derſelben auch nur überhaupt Erwähnung geſchehe, das iſt keineswegs erforderlich. Vielmehr iſt in den hieher gehörigen Fällen die Infamie eine ſich von ſelbſt verſtehende, unabwendliche Folge des Ausſpruchs, daß Jemand ſich keines ihm zur Laſt gelegten Unrechtes ſchuldig gemacht habe [14]). Es wird jedoch vorausgeſetzt, 1. daß dieſer Ausſpruch von dem ordentlichen Richter, nicht etwa von einem bloßen Schiedsrichter herrühre [15]); 2. daß eine causae cognitio vorangegangen ſey [16]); 3. daß das Vor-

9) L. 1. L. 11. §. ult. bis L. 13. pr. D. h. t. L. 1. L. 2. C. d. secund. nupt. V, 9.

10) L. 66. pr. D. d. R. N. XXIII, 2. L. 7. C. d. interd. matrim. int. pupill. et tut. V, 6.

11) L. 43. §. §. 12. 13. D. eod.

12) L. 1. C. ad SCtum Turpill. IX, 44. — Ausnahmen in L. 2. C. d. calumniat. IX, 45.

13) L. 1. L. 2. pr. et §. §. 1-4. D. h. t. L. 3. C. d. re milit. XII, 36.

14) L. 5. C. h. t. L. 63. (65.) D. d. furt. XLVII, 2. »Non poterit Praeses provinciae efficere, ut furti damnatum non sequatur infamia.«

15) L. 13. §. 5. D. h. t.

16) cit. L. 13. §. 6. D. L. 17. C. h. t.

Digitized by Google

handenſein des angeſchuldigten Unrechtes in dem Urtheile geradezu und ausdrücklich anerkannt ſei [17]); 4. daß der Verurtheilte **suo nomine**, d. h. wegen eigenen Unrechtes, verurtheilt ſei [18]); 5. daß das Urtheil rechtskräftig geworden ſei [19]).

b. Außerdem ſind folgende einzelne Fälle, in welchen ein den angegebenen Erforderniſſen entſprechendes Urtheil infamirend iſt, hervorzuheben:

1. Wer **in judicio publico** verurtheilt iſt, wird **infamis** [20]); womit denn zuſammenhängt, daß zu den **infamia notatis** auch derjenige gehört, der in einem **judicio publico** als Ankläger aufgetreten, und in Beziehung auf dieſes **judicium** entweder der **Calumnia**, d. h. wiſſentlich falſcher Anklage [21]), oder der **Praevaricatio**, d. h. pflichtwidriger Begünſtigung des Angeklagten [22]), ſchuldig erkannt iſt [23]). Der Ausdruck **judicium publicum** iſt aber hier in der engeren Bedeutung zu nehmen, der zu Folge die auf öffentliche Beſtrafung abzweckenden **judicia** nur inſofern **publica** genannt werden, als das dabei zu beobachtende Verfahren und die zu erkennende Strafe durch eine **Lex**, d. h. durch einen Volksſchluß, näher beſtimmt iſt. Wird, in Ermangelung einer ſolchen **Lex**, über ein Vergehen zum Behuf öffentlicher Ahndung **extra ordinem** ein Verfahren eingeleitet, ſo iſt die Verurtheilung nicht infamirend; außer wenn das Vergehen von der Art iſt, daß es den Beſchuldigten ſelbſt dann ſchon der Gefahr der Infamie ausſetzt, wenn er nur wegen der daraus hervorgehenden Privatanſprüche belangt wird [24]). (Vergl. weiter unten Nr. 3.). Dies Letztere iſt unter Anderem der Fall bei der **Expilatio hereditatis**, als einer Art des Diebſtahls [25]), desgleichen bei dem **Stellionatus**, als einer Art des **Dolus** [26]). Die Verurtheilung

17) L. 19. L. 20. D. L. 19. C. h. t.
18) L. 1. L. 6. §. §. 2. 6. D. h. t. L. 2. pr. D. d. obsequ. parentib. XXXVII, 15.
19) L. 6. §. 1. D. h. t.
20) L. 1. D. h. t. L. 7. D. d. publ. jud. XLVIII, 1.
21) L. 1. §. 3. D. ad SCtum Turpill. XLVIII, 16.
22) cit. L. 1. §. 6.
23) L. 1. L. 4. §. 4. D. h. t. L. 4. D. d. praevaricat. XLVII, 15. S. Marezoll S. 137. folg.
24) L. 7. D. d. public. judic. XLVIII, 1.
25) L. 12. C. h. t.
26) L. 13. §. ult. D. h. t., mit welcher Stelle allerdings im Widerſtreit zu ſtehen ſcheint L. 2. D. stellionatus. XLVII, 20. Vgl. Marezoll S. 134. folg.

Digitized by Google

wegen Hochverrathes hat das Eigne, daß dadurch sogar die unschuldigen Söhne des Verurtheilten infamirt werden [27]). 2. Wenn ein Tutor oder Curator, als suspectus, wegen dolus, und zwar unter ausdrücklicher Anführung dieses Grundes, abgesetzt wird, so hat die Absetzung für ihn die Infamie zur Folge [28]). 3. Bei gewissen aus Vergehungen entspringenden Klagen, welche lediglich und allein die Verfolgung von Privatansprüchen zum Gegenstande haben, zieht die Verurtheitung ebenfalls Infamie nach sich. Die hierher gehörigen Klagen sind: Die Furti actio, die Vi bonorum raptorum actio, die Injuriarum actio, die De dolo actio [29]); ferner die Sepulcri violati actio [30]), desgleichen die Klage gegen eine Mulier, quae per calumniam ventris nomine in possessionem missa est [31]). 4. Selbst einige Klagen aus Contracten oder diesen ähnlichen Verhältnissen sind für den Verurtheilten infamirend, nämlich: Die Pro socio actio, die Mandati actio, die directa Depositi actio, und die directa Tutelae actio [32]). Auch in Hinsicht des Mandates geschieht in den angeführten Stellen nur der directa actio Erwähnung; allein aus einer anderen Stelle [33]) ergibt sich, daß die contraria Mandati actio ebenfalls infamirend ist. Uebrigens pflegt man anzunehmen, daß in den bezeichneten Verhältnissen doch nicht jede Verurtheilung infamire, sondern nur die Verurtheilung wegen dolus [34]), eine Ansicht, welche Matezoll [35]) bestreitet.

B. Durch Vergleich.

1. Derjenige, welcher eine aus einem Vergehen entspringende infamirende Privatklage, mit der er bedrohet wird, durch Geld

27) L. 5. §. 1. C. ad leg. Jul. majest. IX, 8.
28) §. 6. I. d. suspect. tut. I, 26. L. 4. §. §. 1. 2. D. eod. XXVI, 10. L. 9. C. eod. V, 43.
29) L. 1. L. 4. §. 5. D. L. 5. L. 8. C. h. t. §. 2. I. d. poen. tem. litig. IV, 16.
30) L. 1. D. d. sepulcr. violat. XLVII, 12.
31) L. 15. bis L. 17. D. h. t.
32) L. 1. D. h. t. §. 2. I. d. poen. tem. litig.
33) L. 6. §. 5. D. h. t. „— Verbis edicti notatur non solum, qui mandatum suscepit, sed et is, qui fidem, quam adversarius secutus est, non praestat. Utputa fidejussi pro te et solvi; mandati te si condemnavero famosum facio.“
34) Glück, Th. 5. S. 195.
35) a. a. O. S. 148. folg.

Digitized by Google

oder Geldes Werth von sich abwendet, wird als geständig angesehen, und einem durch Verurtheilung Infamirten gleich geachtet [36]), vorausgesetzt nur, daß der Vergleich nicht etwa durch obrigkeitliche Verfügung veranlaßt ist [37]). Wer eine Klage der bezeichneten Art durch Eidesleistung abwendet, ist keineswegs **infamis**; vielmehr wird er als ein Solcher betrachtet, der seine Unschuld dargethan hat [38]). 2. Derjenige, welcher sich von einer auf öffentliche Bestrafung abzweckenden Anklage loskauft, wird, wenn die Anschuldigung nicht ein mit Todesstrafe bedrohetes Verbrechen zum Gegenstande hat, ebenfalls als geständig angesehen [39]). Hieraus pflegt man zu schließen, daß, der Regel nach, der Vergleich auch dann infamire, wenn er sich auf eine öffentliche Anklage bezieht, sobald nur das angeschuldigte Verbrechen von der Art ist, daß die Verurtheilung mit Infamie verbunden sein würde [40]). In contractlichen Verhältnissen ist der Vergleich niemals infamirend [41]).

§. 45.

bb. Rechtliche Wirkungen.

Die rechtlichen Wirkungen der **infamia juris** waren in früherer Zeit bei den Römern von einer größeren Bedeutung, als späterhin. Hier interessiren uns nur die noch im neueren Römischen Rechte vorkommenden Wirkungen. Dahin nun gehört:

1. Daß **infames** unfähig sind, zu irgend einer Würde, zu irgend einer **dignitas**, zu irgend einem **honor** zu gelangen, oder auch eine Würde, die sie bereits erlangt haben, länger fortzuführen [1]).

36) **L. 1. L. 4. §. 5. L. 5. L. 6. §. 3. D. h. t. §. 2. I. d. poen. tem. litig.**

37) **cit. L. 6. §. 3. D.**

38) **c. L. 6. §. 4. L. 18. C. h. t.**

39) **L. ult. D. d. praevaricat. XLVII, 15. L. 1. D. d. bon. eor. qui ant. sentent. XLVIII, 21. L. 18. C. d. transact. II, 4.**

40) **Glück, Th. 5. S. 60.** Anderer Meinung ist **Marezoll, S. 163. 164.**

41) **L. 7. D. h. t. §. 2. I. cit.**

1) **L. 8. C. d. decurionib. X, 31. L. 12. C. d. dignitatib. XII, 1. L. 3. C. d. re milit. XII, 36.** — Uebrigens versteht es sich von selbst, daß diese Unfähigkeit zu öffentlichen Würden keineswegs von der Verpflichtung zu solchen Leistungen befreiet, welche zwar eine Beziehung haben auf das gemeine Wesen, jedoch ohne den Besitz einer öffentlichen Würde vorauszusetzen. Hieraus sind zu erklären **L. 1. C. d. his, qui non implet. stipend. X, 54.** und **L. un. C. d. infamib. X, 57.**

Digitized by Google

2. Infames sind unfähig, gegen Jemand eine Criminalanklage zu erheben [2]).

3. Infames sind für Andere zu postuliren entweder schlechthin, oder wenigstens in der Art unfähig, daß sie nur für gewisse Personen postuliren dürfen [3]). Uebrigens folgt hieraus von selbst die Unfähigkeit zur Advocatur.

4. Einige Neuere behaupten, daß Infames nach Römischem Recht unfähig sind, zum Zeugniß zugelassen zu werden. Hierbei ist denn nun soviel allerdings unläugbar: In einigen Stellen [4]) werden gewisse Personen, welche infames sind, theils schlechthin, theils in gewissen Beziehungen für unfähig erklärt, Zeugen-Stelle zu vertreten. Allein es wird doch nicht die infamia gerade als Grund der Unfähigkeit angeführt. Noch weniger aber findet sich eine Stelle, in welcher infames überhaupt und in jeder Beziehung vom Zeugniß ausgeschlossen würden [5]). Das aber ist allerdings im Römischen Rechte anerkannt, daß Infamie überhaupt die Glaubwürdigkeit des Zeugnisses vermindert [6]).

5. Geschwister, welche in ihrem Pflichttheil verletzt sind, können das sie beeinträchtigende Testament als inofficios anfechten, sobald die eingesetzten Erben personae infames sind [7]).

Zuletzt muß ich noch die Frage berühren, ob, und welchen Einfluß nach Justinianischem Rechte die Infamie auf die Stellvertretung im Gerichte hat. Im vorjustinianischen Rechte war es so: Eine persona infamis war nicht befugt, ihre Sache im Gericht durch einen Stellvertreter oder Procurator führen zu lassen. Und ebenso wenig war eine persona infamis berechtigt für einen Andern als gerichtlicher Procurator aufzutreten. Geschah das Eine oder das Andere dennoch, so begründete dies für den

2) L. 4. L. 8. D. d. accusation. XLVIII, 2.

3) Hierauf beziehen sich L. 1. §. §. 6. 8. D. d. postul. III, 1.

4) Die adulterii damnati, desgleichen die repetundarum damnati sind zum Zeugniß schlechthin unfähig. L. 14. L. 15. D. d. testib. XXII, 5. Gegen denjenigen, welcher auf den Grund der Lex Julia de vi angeklagt ist, sollen als Zeugen nicht zugelassen werden weder solche Personen, die in einem judicio publico verurtheilt sind, noch solche, die sich zum Kampf mit wilden Thieren verdungen haben, noch auch solche, quae palam quaestum faciunt. L. 3. §. 5. D. eod.

5) Namentlich ist keine solche Stelle die von Manchen angeführte Nov. 90. c. 1.

6) L. 13. L. 21. §. 2. D. d. testib.

7) L. 27. C. d. inoff. testam. III, 28.

Digitized by Google

Gegner eine exceptio. In den Institutionen hat nun aber Justinian diese Exception, von der ich eben sagte, ausdrücklich aufgehoben [8]). Und daher müssen wir, einer richtigen Ansicht zu Folge, behaupten, daß nach Justinianischem Rechte die infamia bei der gerichtlichen Stellvertretung nicht in Betracht kommt; daß also namentlich eine persona infamis als Procurator zugelassen werden müsse. Dies streitet keineswegs mit dem, was früher von dem Postuliren vorgekommen ist. Denn man kann Procurator sein, auch in gerichtlichen Sachen, ohne zu postuliren. Dies, sage ich, scheint die richtige Ansicht der Sache. Viele jedoch sind anderer Meinung. Sie wollen Justinians Bestimmung nur auf den Fall beziehn, wo die infamia nicht notorisch ist, oder nicht gleich auf der Stelle bewiesen werden kann [9]).

§. 46.

cc. Aufhebung.

Die Infamia juris kann aufgehoben werden:

1. Durch Begnadigung, nämlich durch eine auf Wiederherstellung der existimatio gerichtete Verfügung des Regenten [1]). Man pflegt dafür den Ausdruck Restitutio famae zu gebrauchen.

2. Durch richterliche In integrum restitutio. Nämlich, begnadigen kann der Richter allerdings nicht. Aber wenn er den mit einer Infamia mediata Behafteten gegen das Urtheil, wodurch die Infamie herbeigeführt ist, in integrum restituirt, so wird natürlich eben dadurch auch die Infamie selbst aufgehoben: mit der Ursache muß auch die Wirkung wegfallen [2]).

3. Der Verlauf der Zeit hebt im Allgemeinen die Infamia juris nicht auf [3]), selbst dann nicht, wenn die gegen Jemand eines Vergehens halber erkannte anderweitige Strafe auf Zeit beschränkt ist. Es giebt indessen Ausnahmen: damit verhält es sich so: Denken wir uns erstens, die Hauptstrafe besteht in temporärer Ausschließung von gewissen Rechten. Ist da nun die Ausübung dieser Rechte mit der Infamia einer Person unver-

8) §. ult. I. d. except. IV, 13.
9) S. Glück, V. p. 255.
1) L. 1. §. 10. D. d. postul. III, 1.
2) cit. L. 1. §. 10. i. f.
3) L. 6. C. h. t.

Digitized by Google

träglich, so würde der zu Bestrafende, der durch die Verurtheilung sich zugleich Infamie zugezogen hat, bei der Fortdauer dieser infamia nicht bloß temporär, sondern für immer von der Ausübung jener Rechte ausgeschlossen sein; er wäre also härter gestraft, als das Straferkenntniß es beabsichtigte und aussprach. Daher wird er nach Ablauf der gesetzten Frist zu der Ausübung der fraglichen Rechte zugelassen und somit auch die Infamie sistirt [4]). Dies findet Anwendung auf die Interdiction von der Advocatur, vom Decurionat und von andern officia. Jetzt wollen wir uns zweitens denken, die Hauptstrafe ist eine Freiheits- oder Leibesstrafe; sie ist überstanden und es zeigt sich, daß sie zu hart war. Dann soll der zu hart Gestrafte aufhören infamis zu sein, es soll die anderweitige zu harte Strafe ihm dadurch gleichsam vergütet werden [5]).

§. 47.

c. S. g. Infamia facti.

Unter der infamia facti ist, wie ich schon früher bemerkt habe, jede in der öffentlichen Meinung gegründete Geringschätzung zu verstehen, die ihrer Voraussetzung nach durch das Gesetz nicht genau bestimmt ist. Diese Geringschätzung kann nun aber ihre Grade haben. Darauf geht es, wenn in einer Stelle des Codex [1]) von Personen die Rede ist, »quae infamiae, vel turpitudinis, vel levis notae macula aspergantur.« Nämlich, unter den infamiae macula aspersi sind diejenigen zu verstehen, welche an einer infamia juris laboriren. Die beiden andern Ausdrücke dagegen beziehen sich auf die infamia facti. Durch die turpitudinis macula wird ein höherer, durch die levis no-

4) »— ne scilicet poena tempore determinata contra sententiae fidem ulterius porrigatur.« L. 8. D. d. postul. Vgl. L. 3. §. 1. D. d. decurionib. L. 2. und L. 1. L. 2. C. d. his, qui in exsil. dati etc. X, 59.

5) L. 13. §. 7. D. h. t. »Poena gravior ultra legem imposita existimationem conservat, — — — — dicendum erit, duriore sententia cum eo transactum de existimatione ejus, idcircoque non esse infamem.« — Vgl. L. 10. §. 2. D. d. poen. XLVIII, 19. Wenn man diese Stellen nur obenhin ansieht, so könnte man meinen, die zu harte Bestrafung mache, daß die Infamia überall nicht einmal entstehe; aber so ist es nicht: ich verweise deshalb auf Marezoll a. a. O. S. 368. 69.

1) L. 27. C. d. inoff. test. III, 28.

Digitized by Google

tae macula ein geringerer Grad der infamia facti bezeichnet. Eine eigentlich technische Bedeutung hat der zuletzt erwähnte Ausdruck bei den Römern nicht. Unsere Neuern aber haben den Ausdruck »levis notae macula« zu einem technischen Ausdruck gestempelt. Und da ist denn eben die Bedeutung diese: ein geringerer Grad der infamia facti.

Nach älterm Römischen Recht hatte die bloße infamia facti keine gesetzlich bestimmte rechtliche Wirkungen. Anders verhält sich die Sache nach neuerem Römischen Rechte. Nämlich

1. wer sich arge Vergehungen hat zu Schulden kommen lassen, wer einen schändlichen Lebenswandel führt, der soll, auch wenn gerade keine infamia juris auf ihm ruht, — dennoch zu öffentlichen Würden nicht zugelassen werden [2]). Es liegt nun aber in der Natur der Sache, daß eine infamia dieser Art zugleich auch Grund genug ist, Jemanden seines Amts und seiner Würde zu entsetzen. Mit Unrecht machen Einige in dieser Beziehung einen Unterschied zwischen infamia juris und infamia facti [3]).

2. Sodann bringt es aber auch die Natur der Sache mit sich, daß Schlechtigkeit, auch wenn sie mit keiner infamia juris verbunden ist, die Glaubwürdigkeit des Zeugnisses schmälern muß [4]).

3. Schon eine bloße infamia facti des eingesetzten Erben genügt, um für die Geschwister das Testament zu einem inofficiosen zu machen [5]).

Uebrigens ist es natürlich: da die infamia facti ihrer Voraussetzung nach in den Gesetzen nicht genau bestimmt ist, so lassen sich auch die rechtlichen Wirkungen derselben nicht mit der Sicherheit aufzählen, wie bei der infamia juris.

§. 48.

ββ. Heutiges Recht [1]).

Bei der Darstellung des heutigen Rechts kommen zwei Hauptpunkte in Betracht:

2) L. 2. C. d. dignitat. XII, 1.
3) Vgl. Glück, V. S. 205.
4) L. 3. pr. D. d. testib. XXII, 5.
5) L. 27. C. cit.
1) Eichhorns Einleitung in das Deutsche Privatrecht. §. §. 83 - 90.

Digitized by Google

I. Die Römische Theorie von der **Infamia juris** ist nach heutigem Recht gewissen Modificationen unterworfen. Diese müssen angegeben werden.

II. Es giebt gewisse dem Deutschen Recht eigenthümliche Institute, welche sich auf die bürgerliche Ehre beziehen. Und auch diese glaube ich hier nicht ganz mit Stillschweigen übergehen zu dürfen, wenn schon die ausführliche Entwickelung nicht hieher gehört, sondern in das Deutsche Privatrecht.

Was nun den ersten Punkt betrifft, so ist in Bezug

A. auf die Entstehung der **infamia juris** Folgendes zu bemerken:

Sehen wir zunächst auf die s. g. **infamia immediata**, so finden wir, das Canonische Recht hat die **infamia**, womit das Römische Recht die Verletzung des Trauerjahres bedroht, ausdrücklich aufgehoben [2]). Hinsichtlich der übrigen Fälle der **infamia immediata**, sind die Neuern sehr verschiedener Meinung. Die Einen halten diesen oder jenen Fall für noch jetzt praktisch, während Andere das Gegentheil behaupten. Die richtigste Ansicht scheint mir die von Eichhorn [3]). Sie geht dahin: die Römische **infamia juris immediata** kommt heutiges Tages als **infamia juris** überall nicht mehr in Betracht. Die dahin gehörigen Fälle lassen sich nur als solche auffassen, in welchen eine **infamia facti** eintritt; und auch dies nur unter der Voraussetzung, daß unsere Volksansicht mit der Römischen zusammentrifft. Daraus folgt denn z. B. von selbst, daß unsere heutigen Schauspieler überall nicht als **infames** angesehen werden können, denn nach unserer Ansicht liegt in dem Gewerbe der Schauspieler nichts Herabwürdigendes. So viel über die **infamia immediata**.

Ich komme nunmehr zu der **infamia mediata**. Auch hier findet sich eine gleiche Verschiedenheit der Meinungen, wie bei der **infamia immediata**. So viel ist ausgemacht, daß heutiges Tages die **infamia mediata** nicht in demselben Umfang, in allen den Fällen eintritt, in welchen sie nach Römischem Rechte Statt findet. Nirgend z. B. wird derjenige, welcher mit der

2) c. 4. 5. X. d. secund. nupt. IV, 21. 3) a. a. O. §. 87.

injuriarum actio belangt und zur Privatsatisfaction verurtheilt worden ist, darum für einen infamis geachtet, ungeachtet er nach Römischem Rechte als infamis angesehen werden müßte. Ebenso verhält es sich mit der Treulosigkeit in contractlichen Verhältnissen. Ich halte auch hier Eichhorns[3]) Ansicht für die richtigste. Sie geht dahin: Auch die infamia mediata des Römischen Rechts ist heutiges Tages, der Regel nach, eine bloße infamia facti. Eine Ausnahme findet nur da Statt, wo sie durch Verurtheilung wegen eines Delicts begründet wird, und auch hier nur insofern, als gegen den Verurtheilten eine eigentliche Criminalstrafe angewandt wird. Soviel in Beziehung auf die Entstehung der infamia juris. Nun aber fragt es sich

B. ferner: inwieweit die Römische infamia juris noch heutiges Tages vorkommt, welche Modificationen treten da hinsichtlich der rechtlichen Wirkungen ein? Zu den schon durch das Römische Recht bestimmten Wirkungen kommen noch folgende hinzu:

1. Nach den Reichsgesetzen die Unfähigkeit zum Notariat[4]).

2. Nach Canonischem Rechte die Unfähigkeit zur gerichtlichen Procuratur[5]).

3. Viele nehmen an, daß nach Canonischem Rechte infames schlechthin auch zum Zeugniß unfähig sind[6]). Dieser Meinung ist unter Andern Glück[7]), der zugleich behauptet, in der Praxis sei die gänzliche Unfähigkeit der infames zur Ablegung eines Zeugnisses anerkannt. Andere sind jedoch, sowohl, was die Theorie, als was die Praxis anbetrifft, abweichender Meinung[8]).

4) Notariatsordn. 1512. Einleit. §. 2. —

5) c. 1. c. 2. pr. C. 3. qu. 7. — Ueber das Römische Recht in dieser Beziehung sieh oben §. 45. a. E.

6) Zur Unterstützung dieser Ansicht berufen sie sich vornämlich auf c. 54. X. d. testibus. II, 20.: »Testimonium ejus, cui ab adversa parte opponitur crimen, merito reprobatur in criminali causa, sive civili, si in ipso crimine perseveret. Si vero sit de crimine emendatus, nec eum sequatur infamia: non est in causa civili, vel etiam cum de crimine civiliter agitur, praeterquam pro reatu perjurii, repellendus.«

7) Pand. Comment. V. S. 203. folg.

8) Ich verweise statt aller Andern auf Eichhorn a. a. O. §. 88. B. 4.

Digitized by Google

4. Die Infamie ist ein Grund zur Ausschließung von Zünften [9]).

Ich wende mich nunmehr zu den eigenthümlichen Deutschen Instituten. Es sind vornämlich drei Institute, welche hier in Betracht kommen.

1. Die eigentliche Ehrlosigkeit [10]) ist eine wahre consumptio existimationis, eintretend nur durch Particularrechte, z. B. in Baiern als Folge der Kettenstrafe.

2. Die dem Deutschen Rechte eigenthümliche Infamie [11]) tritt allgemein ein als Folge solcher anderweitigen Strafen, welche durch Henkershand vollzogen werden, als da sind: Staupenschlag, Brandmahl, Schandpfahl. Sie können aber auch durch richterlichen Urtheilsspruch als eine besondere Strafe für sich verhängt werden. Die gemeinrechtlichen Folgen derselben sind außer denen, welche heutiges Tages schon bei der Infamie des Römischen Rechts eintreten, folgende: Verlust des Adels, des städtischen Bürgerrechts und der Lehnsfähigkeit. Auch ist es keinem Zweifel unterworfen, daß diese letztere zum Zeugniß gänzlich unfähig macht [12]).

3. Anrüchigkeit. Hieher gehört erstens der Flecken der unehelichen Geburt. Unehelich Geborene entbehren der Lehnsfähigkeit, und außerdem sind sie unfähig, ordinirt, oder in Gilden aufgenommen zu werden. Die Lehnsunfähigkeit kann der Regel nach selbst durch Legitimation nicht aufgehoben werden. Wohl aber können dadurch die übrigen Wirkungen aufgehoben werden, und zwar können sie das nicht bloß durch eine eigentliche Legitimation, sondern auch durch eine Legitimation, die nur eben diesen und keinen andern Zweck hat: »legitimatio minus plena.« Zweitens sind anrüchig Abdecker. Sie sind nach den Reichsgesetzen von „Handwerken und andern ehrlichen Gesellschaften und Gemeinheiten“ ausgeschlossen. Von den Scharfrichtern gilt nicht dasselbe [13]).

9) Polizeiordn. 1577. Tit. 38. §. 4. Reichsschluß 1731. wegen der Handwerksmißbräuche. §. §. 5. 13.

10) So nennt sie Eichhorn a. a. O. §. 85.; die Meisten gebrauchen den Ausdruck »Rechtlosigkeit.«

11) Auch hier brauche ich Eichhorns (a. a. O.) Ausdruck. Andere bedienen sich zur Bezeichnung desselben Begriffs des Ausdrucks »Ehrlosigkeit.«

12) Eichhorn a. a. O. §. 88. B. 4.

13) Eichhorn a. a. O. §. 89.

Soviel über dieſe eigenthümlichen Deutſchen Inſtitute. Die Verwechslung derſelben mit dem Römiſchen Begriff von Infamie hat in dieſe ganze Materie die größte Verwirrung gebracht. Zu dieſer Verwechslung hat denn aber insbeſondere die Unbeſtimmtheit des Sprachgebrauchs Anlaß gegeben. Geſetze und Schriftſteller brauchen die Worte bald ſo, bald anders. Namentlich iſt dies der Fall mit dem Ausdrucke „Ehrloſigkeit“ und „ehrlos,“ welche bald für die Deutſche Ehrloſigkeit, bald aber auch da gebraucht werden, wo bloß von Römiſcher oder Deutſcher Infamie die Rede iſt.

§. 49.

γ. Unabhängigkeit [1]).

† DIG. I, 6. De his, qui vel sui vel alieni juris sunt.

Wir kommen nun zu der Verſchiedenheit der Menſchen nach der Unabhängigkeit. Unabhängig in dem Sinne, wie hier das Wort genommen wird, ſind diejenigen, welche keines Andern Privatgewalt unterworfen ſind, »homines sui juris,« »patresfamiliarum«; abhängig ſind diejenigen, bei denen dies der Fall iſt, »homines alieni juris.« Beſonderes iſt nur von den Abhängigen zu ſagen. Unter dieſen intereſſiren uns nur die filii- und filiaefamiliarum, alſo ſolche, welche der väterlichen Gewalt eines Andern unterworfen ſind. Durch die väterliche Gewalt wird begreiflich das Verhältniß zwiſchen dem Vater und dem Kinde ſelbſt auf eine eigenthümliche Weiſe beſtimmt. Darüber ſoll in dem Familienrechte (§. 724. folg.) ausführlich Auskunft gegeben worden. Die väterliche Gewalt iſt aber, wenn ich mich ſo ausdrücken darf, von Einfluß auch nach Außen hin. Das Kind wird im Verhältniß zu dritten Perſonen durch die väterliche Gewalt, welcher es unterworfen iſt, in ſeiner Rechtsfähigkeit ſowohl, als in ſeiner Handlungsfähigkeit beſchränkt. Auch hierüber wird das Nähere im Familienrechte vorkommen; hier will ich nur in der Kürze die Hauptſätze angeben.

Zuerſt von der Rechtsfähigkeit. In Anſehung aller Verhältniſſe des öffentlichen Rechts (in allen causae publicae)

1) Vorläufig iſt hievon ſchon im §. 35. die Rede geweſen.

Digitized by Google

wird der filiusfamilias einem paterfamilias gleichgeachtet [2]). Was aber die rein privatrechtlichen Verhältnisse betrifft, so waren hier die Grundsätze des ältern Römischen Rechts diese: der filiusfamilias kann zwar gegen dritte Personen obligatorische Verpflichtungen contrahiren auf eine eben so vollgültige und rechtsbeständige Weise, wie derjenige, welcher sui juris ist. Aber Rechte kann er nicht haben. Alle Rechte, welche er, unabhängig, sich selbst erworben haben würde, erwirbt er nun, da er der väterlichen Gewalt unterworfen ist, dem Parens. In späterer Zeit erfuhr der Grundsatz: daß Kinder unter väterlicher Gewalt, in Ansehung obligatorischer Verpflichtungen gegen dritte Personen, den Unabhängigen gleich zu achten seien, eine eigenthümliche Modification durch das SCtum Macedonianum (wovon das Nähere §. §. 479. 480.). Was aber den andern Grundsatz anbetrifft, daß ein Kind unter väterlicher Gewalt keine Rechte haben könne; so hat man sich in späterer Zeit davon allmälig immer mehr und mehr entfernt, und zwar bis zu dem Grade, daß für das Justinianische Recht das Resultat dieses ist: Es giebt auf dem ganzen Gebiete des Privatrechts nur Ein Recht, dessen ein filiusfamilias schlechthin unfähig ist: dies ist das Recht der väterlichen Gewalt. Wer selbst noch in väterlicher Gewalt steht, kann keine väterliche Gewalt über Andere haben. In Ansehung aller übrigen Rechte verhält es sich so: Der filiusfamilias erwirbt diese unter gewissen Voraussetzungen auch jetzt noch dem Parens; aber es giebt keines, das er nicht auch sich selbst erwerben könnte, da wo jene besondern Voraussetzungen wegfallen. Soviel von der Rechtsfähigkeit.

Aber auch die Handlungsfähigkeit desjenigen, welcher unter väterlicher Gewalt steht, ist in manchen Beziehungen eigenthümlichen Beschränkungen unterworfen. Dahin gehört namentlich dieß, daß Kinder unter väterlicher Gewalt, wenn sie sich verloben oder verheirathen wollen, der Zustimmung des Parens bedürfen. Ferner: auch über das ihnen eigenthümlich zustehende

2) L. 9. D. h. t.: »Filiusfamilias in publicis causis loco patrisfamilias habetur, veluti si vel magistratum gerat, vel tutor detur.«

Digitized by Google

Vermögen haben sie der Regel nach keine freie Disposition, und daher sind sie in der Regel unfähig zur Errichtung eines Testaments. Ich habe gesagt, der Regel nach, denn in Ansehung des **Peculium castrense** und **quasi castrense** verhält es sich allerdings anders. Auch von dem, was ich hier angedeutet habe, wird im Familienrechte ausführlich gehandelt werden.

§. 50.

δ. Stand und Gewerbe.

Die besonderen Rechte der einzelnen Länder enthalten gar manche hieher gehörige Bestimmungen, auf die aber in den gegenwärtigen Vorlesungen keine Rücksicht genommen werden kann, indem wir es bloß mit dem gemeinen Rechte zu thun haben. Und auch auf dem Gebiete des letzteren müssen wir solche Standes- und Gewerbsverhältnisse, welche ganz eigenthümlich Deutschen Ursprungs sind, unberücksichtigt lassen: die Erörterung dieser Verhältnisse gehört in das Deutsche Privatrecht. Was hier anzuführen ist, besteht etwa in Folgendem:

Zuerst ist zu berücksichtigen der Unterschied zwischen Soldaten, **Milites**, und solchen, die es nicht sind, **Pagani**. In manchen Beziehungen stehen die Soldaten gegen andere Personen zurück. So ist ihnen im Römischen Rechte wenigstens die Eingehung mancher Verträge untersagt, worüber in der Folge das Nähere vorkommen wird (§. §. 495. 508.). So sind sie ferner in der Regel unfähig zur Vormundschaft. (§. 747.) — Auf der andern Seite sind die Soldaten nun aber auch vor Anderen wesentlich begünstigt. Dahin gehört: 1. daß ihnen die Unwissenheit des Rechts zu Gute gehalten wird. (§. 89.) — 2. Soldaten haben gegen alle ihre Gläubiger das **beneficium competentiae**. (§. 413.) — 3. Ein **filiusfamilias** kann durch den Kriegsdienst zu einem eigenthümlichen, von aller Einwirkung des Vaters unabhängigen Vermögen gelangen: **castrense peculium** (§. 730.) — 4. Ganz besonders begünstigt ist der Soldat im Felde in Hinsicht auf die Errichtung eines Testaments [1]). (§. 895. folg.) —

1) Tit. Inst. II, 11. De militari testamento. Tituli D. XXIX, 1. Cod. VI, 21. De testamento militis.

5. Wenn ein Soldat einen Anderen beerbt, so lasten die durch den Erwerb der Erbschaft contrahirten Verpflichtungen auf ihm immer nur so weit, als er ihnen aus der Erbschaftsmasse selbst genügen kann, auch wenn er kein Inventar über die Erbschaft aufgenommen hat [2]).

Zweitens kommt in Betracht der Unterschied zwischen Geistlichen und Nichtgeistlichen: In manchen Beziehungen werden nämlich Geistliche nach anderen Grundsätzen beurtheilt, als andere Menschen. So ist ihnen wenigstens nach Römischem Rechte die Eingehung gewisser Verträge untersagt. (§. 508.) — Katholische Geistliche, welche die höheren ordines erhalten haben, dürfen nicht heirathen. (§. 673.) — Bischöfe und Mönche sind unfähig, über Andere die Vormundschaft zu führen. (§. 747.) In manchen Beziehungen also stehen die Geistlichen gegen Andere zurück. Aber es gibt auch Beziehungen, in welchen sie begünstigt werden: dahin gehört unter anderen, daß das peculium quasi castrense eines filiusfamilias, welcher Geistlicher ist, Vieles umfaßt, was bei anderen filiifamiliarum nicht dahin gerechnet wird. (Davon im §. 731.)

Drittens: In Hinsicht der Kaufleute gelten ebenfalls einige eigenthümliche rechtliche Grundsätze. Sie dürfen höhere Zinsen nehmen als Andere. (§. 406.) Ferner: ihre Handelsbücher, wenn sie nach kaufmännischen Grundsätzen geführt sind, begründen für die Richtigkeit der darin enthaltenen Angaben einen so starken Beweis, daß die Bücher, um als beweisend angesehen zu werden, nur beschworen zu werden brauchen. Es beruhet dies auf Deutschem Gewohnheitsrecht [3]).

Viertens: Bauersleute sind dadurch vor Anderen begünstigt, daß ihnen in manchen Beziehungen die Unwissenheit im Rechte zu Gute gehalten wird. (§. 89.)

2) L. ult. §. ult. C. d. jur. deliber. VI, 30.

3) Vgl. Glück, XXII, S. 61. folg.

Digitized by Google

c. Religion.

§. 51.

I. Juden.

† COD. I, 9. De Judaeis et caelicolis.

Die Rechtsverhältnisse der Juden beruhen theils auf dem Römischen, theils auf dem einheimischen Rechte.

A. Römisches Recht.

Von der Regel, daß in rechtlicher Beziehung zwischen Juden und Christen kein Unterschied ist [1]), kommen folgende Ausnahmen vor: 1. Juden sind ausgeschlossen von allen öffentlichen Aemtern und Würden [2]). — 2. Sie sind unfähig zum Zeugniß gegen rechtgläubige Christen [3]). — 3. Die Ehe zwischen Juden und Christen ist untersagt [4]). — 4. Nach einer richtigen Auslegung der **Nov. 109.** haben jüdische Ehefrauen wegen der **Dos**, der **Propter nuptias donatio** und der **Parapherna** keine gesetzliche Hypothek. — 5. Bei gerichtlichen Verhandlungen, welche Juden betreffen, soll auf die jüdischen Festtage Rücksicht genommen werden [5]). — 6. Wenn Juden in privatrechtlichen Streitigkeiten unter sich auf einen Glaubensgenossen compromittiren, so soll der ordentliche Richter gehalten sein, den schiedsrichterlichen Ausspruch zu exequiren [6]). Die eigentliche Bedeutung der **L. 1. C. h. t.**, worin ein der **universitas Judaeorum** zu Antiochien hinterlassenes Legat für ungültig erklärt wird, ist zweifelhaft [7]).

B. Eigenthümlichkeiten des einheimischen Rechtes [8]).

1. Bei Juden ist die Erwerbung des Unterthanenrechtes von der Ertheilung eines besonderen Schutzbriefes abhängig. Daher

1) **L. 7. L. 8. C. h. t.** »Judaei communi jure Romano viventes, in his causis, quae non tam ad superstitionem eorum, quam ad leges et forum ac jura pertinent, adeant solenni more judicia, omnesque Romanis legibus inserant et excipiant actiones. —« Vgl. **L. 15. C. eod.**

2) **L. 19. pr. C. h. t.**

3) **L. 21. C. d. haeret. etc. I, 5.**

4) **L. 6. C. h. t.**

5) **L. 13. C. h. t.**

6) **L. 8. C. h. t.**

7) S. Zimmern, Geschichte des Römischen Privatrechts. Bd. 1. §. 130.

8) Eichhorn, Einleitung in das Deutsche Privatr. §. §. 80 - 82.

Digitized by Google

der Unterschied zwischen Schutzjuden, welche auch vergleitete Juden genannt werden, und unvergleiteten Juden. — 2. Juden sind von dem städtischen Bürgerrechte und den Zunftrechten ausgeschlossen. — 3. In der Regel sind sie unfähig, Grundstücke zu erwerben. — 4. Nach dem R. A. z. Augsburg 1551. §. 79. sollen Verschreibungen, mittelst deren ein Christ sich gegen einen Juden verpflichtet, nur dann gültig sein, wenn sie von der ordentlichen Obrigkeit des Christen bestätigt sind. In den gemeinen Gerichtsgebrauch ist jedoch diese Vorschrift nicht übergegangen. — 5. Derselbe R. A. §. §. 79. 80. und die Polizeiordn. 1577. Tit. 20. §. 4. enthalten ein Verbot, dem zufolge Juden, welche Forderungen an Christen haben, diese, bei Verlust derselben, keinem Christen sollen cediren dürfen. Ueber die praktische Geltung dieses Verbotes sind die Meinungen getheilt. — 6. In neuerer Zeit hat man aufgehört, Juden zum Zeugniß gegen Christen für unfähig zu halten; man pflegt indessen doch den Aussagen eines jüdischen Zeugen, inwieweit sie gegen einen Christen gerichtet sind, dann keinen vollen Glauben beizumessen, wenn eine jüdische Partei den Zeugen in Vorschlag gebracht hat. — 7. Die wenigstens ehedem bestrittene Frage, ob jüdische Kaufleute das Privilegium der Handelsbücher, inwieweit dasselbe an sich begründet ist, auch gegen Christen geltend machen können, ist, der richtigen Ansicht nach, zu bejahen. — 8. Der ordentliche Richter hat die den Juden eigenthümlichen Ansichten überall zu berücksichtigen, wo es bei einer von einem Juden vorzunehmenden Handlung auf Religionsbegriffe ankommt, wie dies z. B. bei der Eidesleistung [9]) der Fall ist. Bei Rechtsstreitigkeiten der Juden unter einander kann er aber gelegentlich selbst solche Rechtsverhältnisse, die an sich rein bürgerlicher Art sind, nach den eigenthümlich jüdischen Satzungen zu beurtheilen haben [10]).

9) S. Glück, Th. 12. S. 198. folg.

10) Ueber das nationale Recht der Juden geben Auskunft: Joh. Dav. Michaelis, Mosaisch. Recht. Frankf. a. M. 1770. folg. 6 Bde. 8. 2te Aufl. Ebendas. 1775. folg. 8. (Moses Mendelssohn) Ritualgesetze der Juden betreffend Erbschaften, Vormundschaftssachen, Testamente und Ehesachen. Berl. 1778. 8. 5te Aufl. Ebendas. 1826. 8.

§. 51 a.

II. Abtrünnige und Ketzer.

† COD. I, 7. De apostatis. — I, 5. De haereticis et Manichaeis et Samaritis.

Abtrünnige, Apostatae, nennt man diejenigen, welche, von der christlichen Kirche abgefallen, förmlich zu einer nicht christlichen Religionspartei übergetreten sind. Diese nun sollen nach Römischem Rechte [1]) zum Zeugniß unfähig sein, der testamenti factio entbehren, von der Intestaterbfolge ausgeschlossen sein. In Einer Stelle [2]) heißt es sogar, sie sollen auch nichts verschenken oder verkaufen dürfen. Man sieht jedoch aus dem Zusammenhange, daß dies nur so gemeint ist: sie sollen nichts verschenken oder verkaufen dürfen zum Nachtheil ihrer Intestaterben. — Das Canonische Recht setzt die Abtrünnigen mit den Ketzern, von denen sogleich die Rede sein wird, in Eine Classe. — Uebrigens wird heutiges Tags nicht leicht ein Fall vorkommen, in welchem diese Bestimmungen zur Anwendung gebracht werden könnten.

Ketzer, Haeretici, sind Christen, deren religiöse Ansichten von den Meinungen der für rechtgläubig geachteten Kirche abweichen. Das Römische Recht nun enthält viele Bestimmungen zum Nachtheil der Ketzer [3]); insbesondere sollen Ketzer im Proceß gegen rechtgläubige Christen nicht als Zeugen zugelassen werden [4]); ketzerische Ehefrauen entbehren der Vorrechte, welche den Frauen sonst hinsichtlich des Heirathsguts zustehen [5]); rechtgläubige Personen sind befugt, ihre ketzerischen Descendenten oder Ascendenten zu enterben [6]). Gewisse Arten von Ketzern sollen sogar unfähig sein, Verträge einzugehen, und ausgeschlossen sowohl von der testamenti factio, als von der Intestaterbfolge [7]).

Noch über die Bestimmungen des Römischen Rechts hinaus geht eine in den Codex aufgenommene Constitution Kaisers Friedrich I. [8]). Sie erklärt alle diejenigen, welche wegen Ketzerei

1) L. 3. L. 4. C. h. t. (I, 7.)
2) cit. L. 4. C.
3) L. 4. C. h. t. (I, 5. De haereticis etc.)
4) L. 21. C. eod.
5) Nov. 109.
6) Nov. 115. c. 3. c. 4.
7) L. 4. L. 21. C. h. t. (I, 5.)
8) Auth. Credentes. C. h. t.

Digitized by Google

oder wegen Begünstigung derselben excommunicirt sind, falls sie sich nicht binnen Jahresfrist nach erfolgter Excommunication bekehren, der testamenti factio verlustig, Niemand soll ihnen vor Gericht Rede zu stehen brauchen, während sie Anderen dazu allerdings verpflichtet sein sollen, u. s. w.

Mit ganz besonderer Strenge verfolgt aber das Canonische Recht die Ketzer: Alle und jede Ketzer sollen excommunicirt sein, ihre Güter eingezogen werden, die ihrer väterlichen Gewalt unterworfenen Personen sollen, dieser unterworfen zu sein, aufhören u. s. w. [9]).

Bei allen diesen Bestimmungen liegt übrigens die Voraussetzung zum Grunde, daß die katholische Kirche die allein rechtgläubige sei. Daher wurden denn zu Anfange der Reformation auch die Protestanten von ihren Gegnern als Ketzer angesehen. Anders gestaltete sich die Sache seit dem Religionsfrieden von 1555, und insbesondere seit dem Westphälischen Frieden von 1648. Das Bekenntniß der Protestanten ward als ein durchaus erlaubtes anerkannt, und im Allgemeinen wurde im Westphälischen Frieden der Grundsatz der Gleichheit der Rechte unter Katholiken und Protestanten aufgestellt. Eine Ungleichheit in den einzelnen Territorien wurde freilich dadurch nicht ausgeschlossen.

In der Bundesacte, Art. 16., ist nun aber unbedingt festgesetzt, daß die Verschiedenheit der christlichen Religionspartheien in den Bundesstaaten, in Beziehung auf den Genuß der politischen und bürgerlichen Rechte durchaus keinen Unterschied begründen soll. Ohne Zweifel jedoch ist diese in der Bundesacte aufgestellte Regel nur von denjenigen Religionsverwandten zu verstehen, welche sich entweder zur katholischen Kirche, oder zu einer der beiden protestantischen Confessionen bekennen, und es steht der Gesetzgebung in den einzelnen Ländern frei, die Rechte solcher christlichen Sekten, welche sich zu keiner der genannten Religionsparteien halten, auf eine eigenthümliche Weise zu bestimmen [10]). —

9) c. 13. pr. et §. 1. c. 10. X. d. haeretic. V, 7. — c. 2. §. 4. eod. in VI. V, 2.

10) Vgl. Eichhorn, Deutsches Privatrecht. §. 79.

Digitized by Google

Die Verordnungen des Römischen und Canonischen Rechts gegen die Ketzer dürften aber heutiges Tages wohl nirgend mehr in ihrer ganzen Strenge angewandt werden. —

C. Verwandtschafts- und Verschwägerungs-Verhältnisse. (§. §. 52-60.)

a. Verwandtschaft. (§. §. 52-58.)

α. Römische Grundsätze.

† INST. III, 6. De gradibus cognationis. — † DIG. XXXVIII, 10. De gradibus et affinibus et nominibus eorum.

§. 52.

αα. Begriff der Verwandtschaft, und nähere Bestimmung derselben nach Linien und Graden.

In der Regel denkt man, wenn man von der Verwandtschaft spricht, an ein durch Abstammung begründetes Verhältniß: Ich will diese Verwandtschaft die eigentliche nennen. Daneben gibt es aber auch ein durch die Gemeinschaft gewisser Sacramente begründetes Verhältniß, für welches man den Ausdruck Verwandtschaft ebenfalls gebraucht, indem man es geistliche Verwandtschaft nennt. Diese geistliche Verwandtschaft hat ihren eigentlichen Sitz im Canonischen Rechte; ich werde daher im §. 58. davon ausführlicher sprechen. Hier kann ich mich auf die Bemerkung beschränken, daß eine Spur dieses Begriffes doch auch schon in dem Römischen Rechte vorkommt [1]), in der Art, daß demjenigen, welcher ein Mädchen aus der Taufe gehoben hat, die Ehe mit diesem Mädchen untersagt wird, und zwar wegen der durch die Taufe begründeten geistlichen Beziehung. Alles Fernere wird nur eben die eigentliche Verwandtschaft zum Gegenstande haben. Die nähere Begriffsbestimmung ist diese:

Unter Verwandtschaft, cognatio, verstehen wir das Verhältniß sowohl der Abstammung des Einen von dem Andern, als der Abstammung Mehrer von einem gemeinsamen Stamme. Die Personen aber, die in einem Verhältnisse dieser Art stehen, hei-

1) Nämlich in L. 26. C. d. nupt. V, 4.

Digitized by Google

ßen Verwandte, Cognati. Jede Reihe von Verwandten nennt man Linie, linea [2]). Ist diese Reihe so beschaffen, daß man von jeden zwei Personen, die in der Reihe sich befinden, sagen kann, es sei die eine unmittelbar oder mittelbar die Ursache der Andern, so nennt man die Linie gerade Linie, recta linea. Wenn man in einer Reihe dieser Art irgend einen Einzelnen fixirt, so sind nothwendig alle übrigen, ebenfalls darin Enthaltenen, entweder solche, in denen seine Existenz gegründet ist, oder solche, deren Existenz in ihm gegründet ist. Jene heißen »Parentes,« »Ascendentes,« „Vorfahren;" diese »liberi,« »descendentes,« „Nachkommen." Inwieweit nun die gerade Linie zu Ascendenten hinaufführt, insoweit wird sie »ascendens linea,« »superior linea,« „aufsteigende Linie" genannt; inwieweit sie aber zu den Descendenten hinabführt, insoweit heißt sie »descendens linea,« »inferior linea,« „absteigende Linie." Und demgemäß wird die Verwandtschaft selbst in der aufsteigenden Linie »superior cognatio« genannt, in der absteigenden »inferior cognatio.« Das einfachste Verhältniß in der geraden Linie ist das zwischen Vater und Sohn, Vater und Tochter, Mutter und Sohn, Mutter und Tochter. Hierauf folgt das Verhältniß zwischen Großvater und Enkel oder Enkelinnen, zwischen Großmutter und Enkel oder Enkelinnen u. s. w. Soviel von der geraden Linie.

Wenn nun aber zwei Personen dergestalt mit einander verwandt sind, daß eine von der andern weder unmittelbar noch mittelbar abstammt, daß aber doch ihre Existenz unmittelbar oder auch mittelbar gegründet ist in der Existenz eines gemeinschaftlichen Ascendenten, so sagt man von diesen Personen, daß sie, »a latere,« »ex transverso« mit einander verwandt sind, oder auch, daß sie in der „Seitenlinie," »in transversa linea« mit einander verwandt sind [3]). Unsere heutigen Juristen sagen: »Col-

2) L. 9. D. h. t. »Stemmata cognationum directo limite in duas lineas separantur, quarum altera est superior, altera inferior. Ex superiore autem et secundo gradu transversae lineae pendent — —.«

3) pr. I. h. t. »— — cognationem aliam supra numerari, aliam infra, aliam ex transverso, quae etiam a latere dicitur. Vgl. L. 10. §. 8. D. h. t. und Note 2.

Digitized by Google

laterales,« »linea collateralis.« Das nächste Verhältniß in der Seitenlinie ist das zwischen Geschwistern. Jedes der Geschwister stammt von dem nächsten gemeinschaftlichen Ascendenten unmittelbar ab, und so steht denn auch jedes derselben diesem gemeinschaftlichen Ascendenten gleich nahe. Sobald nun aber die gemeinschaftliche Abstammung von beiden oder auch nur von Einer Seite mittelbar ist, so lassen sich zwei Fälle denken. Auch hier kann jeder der beiden Personen, von denen die Rede ist, dem nächst gemeinschaftlichen Ascendenten gleich nahe stehen, wie das z. B. bei Geschwisterkindern der Fall ist; aber es kann auch sein, daß einer ihm näher, der andere entfernter verwandt ist. Dieser letzte Fall kann namentlich in der Art vorkommen, daß die eine Person von dem nächst gemeinschaftlichen Ascendenten unmittelbar, die andere aber nur mittelbar abstammt. Alsdann sagen die Römischen Juristen, daß jene von dem nächsten gemeinschaftlichen Ascendenten unmittelbar abstammende Person, dieser entfernteren »parentis loco« sei: So z. B. der Oheim oder die Tante dem Neffen oder der Nichte. Unsere heutigen Juristen bedienen sich auch folgenden Ausdrucks: Sie sagen: dergleichen Personen stehen im »Respectus parentelae.« So viel von den Linien.

Es bleibt jetzt noch übrig von den Graden zu sprechen. In unsern Quellen kommt der Ausdruck »gradus« bisweilen in der Bedeutung von linea vor. Aber die eigentliche Bedeutung von gradus ist diese: Jedes Verhältniß unmittelbarer Abstammung des Einen von dem Andern, inwiefern es als die Einheit zu betrachten ist, durch welche Nähe oder Entfernung der Verwandtschaft gemessen werden. Und so kann man auch sagen: jede Zeugung bildet einen Grad. In der geraden Linie ist die Gradzählung sehr einfach. Was aber die Seitenlinie betrifft, so läßt sich darin, in Hinsicht der Gradzählung, mehr als Ein Verfahren denken. Dasjenige, welches wir in unsern Römischen Rechtsquellen beobachtet finden, ist folgendes: Man zählt, indem man von dem einen der beiden Seitenverwandten anhebt, ohne Unterbrechung durch den nächstgemeinschaftlichen Ascendenten hin-

Digitized by Google

durch, bis man zu dem andern Seitenverwandten gelangt [4]). Ein Verzeichniß der einzelnen Grade sowohl in der geraden, als in der Seitenlinie, mit hinzugefügten Benennungen, enthält die unten angeführte Stelle [5]).

§. 53.

ββ. Arten.

Man unterscheidet zwischen einfacher und mehrfacher Verwandtschaft, je nachdem die einander verwandten Personen nur auf Eine, oder auf mehr, als Eine Weise verbunden sind. Was dabei einer weitern Erörterung bedarf, ist nur der Begriff der mehrfachen Verwandtschaft. Dafür ist ein eigener Paragraph bestimmt, nämlich der §. 57. Hier werden wir uns mit zwei andern Gegensätzen zu beschäftigen haben. Der eine ist der Gegensatz zwischen **Agnatio**, die auch »**civilis cognatio**« genannt wird, und **naturalis cognatio**, wofür man auch sagt: „bloße **Cognatio.**“ Dieser Gegensatz umfaßt sowohl die gerade, als die Seitenlinie. — Der andere Gegensatz ist der zwischen vollbürtiger und halbbürtiger Verwandtschaft, oder, wie man auch sagt, voller und halber Verwandtschaft; er ist auf die Seitenlinie beschränkt.

Von dem Unterschiede zwischen **Agnatio** und bloßer **Cognatio** soll nun zuerst die Rede sein. In unsern Quellen finden wir nirgend eine genügende Definition dieser verschiedenen Arten der Verwandtschaft, wohl aber hinreichende Data, um das Wesen der ganzen Unterscheidung daraus zu erkennen. Das Wesen der Agnation liegt nach Justinianischem Rechte in der Beziehung,

4) §. 7. I. h. t. L. 10. §. 9. D. h. t. »Nam quoties quaeritur, quoto gradu quaeque persona sit, ab eo incipiendum est, cujus de cognatione quaerimus. Et si ex inferioribus aut superioribus gradibus est, recta linea sursum versum vel deorsum tendendo, facile inveniemus gradus, si per singulos gradus proximum quemque numeramus. Nam qui ei, qui mihi proximo gradu est, proximus est, secundo gradu est mihi; similiter enim accedentibus singulis crescit numerus. Idem faciendum in transversis gradibus. Sic frater secundo gradu est, quoniam patris vel matris persona, per quas conjungitur, prior numeratur.« — L. 10. §. 10. D. eod. — Theophil. III, 2. pr.

5) L. 10. §. §. 11. et seq. D. h. t. Das Verzeichniß ist bis zum siebenten Grade fortgeführt.

Digitized by Google

worin diese Art der Verwandtschaft zur väterlichen Gewalt steht. Nämlich zwei Personen sind durch Agnation verwandt:

1. wenn die eine in der andern väterlicher Gewalt entweder wirklich steht, oder doch stehen würde, falls diese andere noch am Leben wäre.

2. wenn beide in der väterlichen Gewalt eines gemeinschaftlichen Ascendenten stehen, oder doch stehen würden, falls Alle noch am Leben wären.

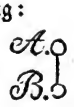
Ein Umstand, der in Bezug auf diese Begriffsbestimmung ganz besonders hervorgehoben zu werden verdient, ist folgender: Personen weiblichen Geschlechts können zwar der väterlichen Gewalt unterworfen sein, aber sie können, wie schon bei einer andern Gelegenheit (§. 37.) bemerkt ist, diese Gewalt nicht haben; eben deshalb ist es auch nicht möglich, daß sie etwa die väterliche Gewalt über ihre Kinder demjenigen erwürben, in dessen Gewalt sie selber sich befinden. Hieraus folgt denn nun aber:

1. Seiner Mutter, als solcher, ist ein Kind niemals durch Agnation verwandt.

2. Personen, deren Verwandtschaft mit einander lediglich durch eine Frau vermittelt wird, sind nie durch Agnation verbunden [1]).

Beispiele zur Erläuterung:

1.



A hat den B in seiner väterlichen Gewalt: A und B sind durch Agnation verbunden.

2.

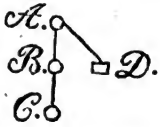
B ist verheirathet, er lebt in Römischer Ehe und zeugt in dieser Ehe den C. Auch dieser C steht in des A väterlicher Gewalt. Davon aber ist Folge, 1. daß C und A durch Agnation

1) §. 1. I. d. legit. agnator. tut. I, 15.

Digitized by Google

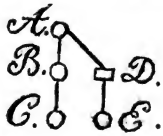
verbunden sind, 2. daß auch die Verwandtschaft zwischen C und B eine Verwandtschaft durch Agnation ist, da beide der Gewalt eines gemeinschaftlichen Ascendenten unterworfen sind.

3.



A hat außer dem B auch eine Tochter, die D, in seiner väterlichen Gewalt. Hier ist die Verwandtschaft zwischen A und D ebenfalls eine Verwandtschaft durch Agnation.

4.



Gesetzt aber, die D hat einen Sohn E: dieser steht weder in der väterlichen Gewalt seiner Mutter, noch auch, gleich dieser selbst, in der väterlichen Gewalt des A — und deshalb ist E so wenig dem A, als der D durch Agnation verwandt.

Die bisherigen Beispiele bezogen sich auf die gerade Linie. Ich gehe jetzt über zu Beispielen aus der Seitenlinie.

In dem Beispiel Nro 4. steht B in der Gewalt des A, die D ebenfalls, also sie sind durch Agnation verwandt.

Ferner: C steht gleichfalls in der väterlichen Gewalt des A, also ist auch seine Verwandtschaft mit der D eine Verwandtschaft durch Agnation.

E dagegen steht nicht in der väterlichen Gewalt des A, und daher ist er denn auch mit B und C nicht durch Agnation verwandt. Soviel über die Agnatio.

Was aber die naturalis cognatio, die bloße Cognation, anbelangt, so ist der Begriff derselben rein negativ. Es gehört nämlich darunter jede Verwandtschaft, der es an jener eigenthümlichen Beziehung auf die väterliche Gewalt, welche das Wesen der Agnation ausmacht, fehlt. Daher kann denn diese naturalis cognatio durch Frauen ebensowohl vermittelt werden, wie

Digitized by Google

durch Männer [2]). So ist in dem Beispiele Nro. 4. die Verwandtschaft zwischen C, B, A, D auf der einen, und E auf der andern Seite, von der ich vorhin sagte, daß sie keine Verwandtschaft durch Agnation sei, eine **naturalis cognatio**.

Alle Verwandte nun, welche durch Agnation mit einander verbunden sind, werden, inwieweit die Eigenthümlichkeit der unter ihnen bestehenden Verbindungen bezeichnet werden soll, **Agnati** genannt, nämlich **Agnati** im weiteren Sinne des Worts. In dieser weitern Bedeutung wird der Ausdruck gebraucht so gut für diejenigen, welche in der geraden, als für diejenigen, welche in der Seitenlinie durch Agnation Verwandte sind [3]). In der engeren Bedeutung aber, welche zugleich die gewöhnlichere ist, bezieht sich der Ausdruck **agnati** nur auf die in der Seitenlinie durch Agnation verwandten Personen. Diejenigen, welche durch **naturalis cognatio** mit einander verbunden sind, werden, wenn die Eigenthümlichkeit der unter ihnen bestehenden Verwandtschaft besonders hervorgehoben werden soll, so bezeichnet: »**naturali jure cognati.**« Bisweilen werden sie auch wohl **Cognati** schlechthin genannt in einem engern Sinne des Worts [4]). Ich sage bisweilen: gewöhnlicher Sprachgebrauch ist dies nicht, vielmehr ist der herrschende Sprachgebrauch dieser: Unter **Cognati** werden die Verwandten überhaupt verstanden, deren es denn zwei Species gibt, die **Agnati**, und die ohne Agnation Verwandten [5]).

Ich komme nunmehr auf den Gegensatz zwischen voller und halber Verwandtschaft. Vollbürtig verwandt werden diejenigen genannt, welche von Einem Paare, als solchem, abstammen, und in diesem Sinne sowohl einen gemeinschaftlichen Stammvater, als eine gemeinschaftliche Stammmutter haben. Dagegen sind

2) §. 1. I. cit.

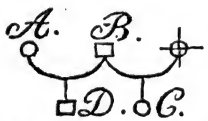
3) Es ergibt sich dies deutlich aus L. 10. §. 3. D. h. t. »Proximiores ex agnatis sui dicuntur.« Desgleichen aus L. 12. D. d. suis et legit. XXXVIII, 16. »Filius patri agnatus proximus est.«

4) Theophil. I, 15. §. 1. et III, 2. pr.

5) Vgl. L. 10. §. §. 2. 4. D. h. t. »Inter agnatos igitur et cognatos hoc interest, quod inter genus et speciem; nam qui agnatus et cognatus est, non utique autem, qui cognatus est, et agnatus est: alterum enim civile, alterum naturale nomen est.« —

Digitized by Google

halbbürtig verwandt diejenigen, die nicht von Einem und demselben Paare, als solchem, abstammen, und daher in der Regel nur einen gemeinschaftlichen Stammvater, oder aber nur eine gemeinschaftliche Stammmutter haben. Es ist indessen möglich, daß Personen, ungeachtet sie sowohl einen gemeinschaftlichen Stammvater, als eine gemeinschaftliche Stammmutter haben, dennoch nur halbbürtig verwandt sind.



Zum Beispiel denken wir uns, daß Jemand, **A**, eine Wittwe, **B**, heirathet, die aus früherer Ehe einen Sohn, **C**, hat, und daß er nun selbst mit dieser Frau eine Tochter, **D**, zeugt. Diese beiden Kinder sind halbbürtig verwandt, und zwar in der Art, daß sie nur eben die Mutter miteinander gemein haben. Jetzt aber wollen wir annehmen, daß jener Mann seinen Stiefsohn adoptirt. Dann haben beide Kinder auch einen gemeinsamen Vater, aber sie sind darum doch nicht vollbürtig verschwistert, da sie nicht von Einem und demselben Paare, als solchem, abstammen. Der Erfolg der Adoption ist in Beziehung auf das Verhältniß der beiden Kinder zu einander nur der, daß sie nun auf eine zwiefache Weise halbbürtig verwandt sind, einmal durch die Mutter, und dann auch durch den Vater.

Dieser Unterschied zwischen voller und halber Verwandtschaft hat in Beziehung auf Geschwister einen eigenthümlichen Sprachgebrauch herbeigeführt. Unsere Neuern nämlich nennen im Lateinischen die vollbürtigen Geschwister »**Fratres et Sorores germani.**« Ich sage die Neuern; denn in unsern Quellen kommt **germana** vor für Schwester überhaupt, für **soror** [6]). Was aber die halbbürtigen Geschwister betrifft, die auch Halbgeschwister genannt werden, so unterscheiden die Neuern zwischen **Fratres et sorores** »**consanguinei**« und **Fratres et sorores** »**uterini.**« Unter den **uterini** verstehen sie Halbgeschwister durch die Mutter,

6) §. 4. I. d. legitim. agnator. succ. III, 2.

Digitized by Google

unter den consanguinei Halbgeschwister durch den Vater. Dies letztere ist jedoch dem Römischen Sprachgebrauch entgegen. Die Römer nämlich nennen Fratres und sorores consanguinei alle durch Agnation verwandte Geschwister, gleichviel, ob sie Halbgeschwister sind, oder vollbürtige Geschwister [7]). Uebrigens werden Halbgeschwister häufig auch mit dem Ausdruck Stiefgeschwister bezeichnet, aber unrichtig; denn die Sylbe „Stief" weis't auf Verschwägerung hin, hier aber ist von keiner Verschwägerung die Rede, sondern von Verwandtschaft.

§. 54.

77. Entstehung.

Zunächst von den verschiedenen Arten der Entstehung an und für sich.

Wir haben im vorigen Paragraphen die Ausdrücke »civilis« und »naturalis cognatio« kennen gelernt in Beziehung auf die Beschaffenheit der Verwandtschaft. Sie werden aber auch gebraucht in Beziehung auf die Entstehung derselben. Nämlich: die Cognatio ist

1. entweder von rein natürlicher Entstehung, oder sie ist
2. von rein civiler Entstehung; oder sie ist
3. von gemischter Entstehung [1]).

Die Verwandtschaft ist von rein natürlicher Entstehung, wenn sie auf einem Act natürlicher Zeugung beruht, der außer aller Beziehung steht zu irgend etwas Civilem. Dann ist die cognatio ihrer Entstehung nach eine naturalis, und zwar bloß und allein eine naturalis — also, wie es in der angeführten Stelle [2]) heißt, eine »naturalis per se,« »sine civili cognatione.« Hieher gehört die Verwandtschaft durch außereheliche Zeugung. Von rein civilrechtlicher Entstehung ist die Verwandtschaft, wenn sie gar nicht auf natürlicher Zeugung beruht, son-

7) §. 1. I. eod.

1) L. 4. §. 2. D. h. t. »Cognationis substantia bifariam apud Romanos dividitur. Nam quaedam cognationes jure civili, quaedam naturali connectuntur; nonnunquam utroque concurrente, et naturali, et civili, copulatur cognatio.«

2) cit. L. 4. §. 2. »Et quidem naturalis cognatio per se sine civili cognatione intelligitur, quae per feminam descendit, quae vulgo liberos peperit.«

Digitized by Google

dern lediglich auf einem civilem Surrogat der Zeugung, vermöge dessen Einer angesehen wird als gezeugt von dem Andern, ohne daß es sich in der That also verhält. Hieher gehört die Begründung der Verwandtschaft durch bloße Adoption [3]). Endlich, von gemischter Entstehung ist die Verwandtschaft, wenn sie beruht auf einem Act natürlicher Zeugung, so jedoch, daß zugleich etwas Civiles hinzukommt. In einem solchen Fall ist die cognatio, ihrer Entstehung nach naturalis und civilis zugleich. Hieher gehört die Begründung der Verwandtschaft durch natürliche Zeugung, inwieweit damit verbunden ist das Vorhandensein einer gesetzlich anerkannten Ehe [4]). In dieser gesetzlich anerkannten Ehe liegt das Civile, was zu dem bloß Natürlichen hinzukommt. Aber auch die Legitimation gehört hieher. Sie setzt außereheliche natürliche Zeugung voraus; zu dieser muß jedoch etwas Civiles hinzukommen, wodurch bewirkt wird, daß der außerehelich Geborene einem aus gesetzlicher Ehe Entsprossenen gleich gestellt wird. Uebrigens faßt der Deutsche Sprachgebrauch alle durch natürliche Zeugung verwandte Personen, es sei nun etwas Civiles dabei oder nicht, unter der Benennung zusammen: „Leibliche Verwandte," „Blutsverwandte." Diese werden den Verwandten durch Adoption entgegengesetzt.

Soviel über die verschiedenen Arten der Entstehung an und für sich. Nun aber fragt es sich noch: in welchem Verhältniß stehen diese verschiedenen Entstehungsarten zu dem Unterschiede zwischen agnatio und bloßer cognatio? Nur das Civile in der Entstehung kann der Verwandtschaft eine Beziehung geben auf die väterliche Gewalt. Daher ist denn eine Verwandtschaft von rein natürlicher Entstehung nie agnatio. Von dieser kann nur die Rede sein bei rein civiler oder gemischter Entstehung. In dem ersten Fall, also im Fall rein civiler Entstehung, ist die Regel diese: die auf solche Weise angeknüpften Verwandtschaftsverhältnisse tragen insgesammt den Charakter

3) cit. L. 4. §. 2. »Civilis autem per se, quae etiam legitima dicitur, sine jure naturali cognatio constitit per adoptionem.«

4) cit. L. 4. §. 2. »Utroque jure consistit cognatio, cum justis nuptiis contractis copulatur.«

Digitized by Google

der Agnation an sich. So wenigstens ist es bei einer vollgültigen Adoption. Derjenige, welcher adoptirt wird, tritt überhaupt in Verwandtschaftsverhältnisse nur zu dem Adoptirenden und dessen Agnaten: diesen Personen allen aber wird er durch Agnation verwandt [5]). In dem zweiten Fall, nämlich im Fall gemischter Entstehung, gehören die Verwandtschaftsverhältnisse zu dem Vater und dessen Agnaten gleichfalls unter den Begriff der Agnation; alle übrigen aber unter den Begriff der **naturalis cognatio.**

§. 55.

dd. Rechtliche Beziehungen.

Am meisten zeigt sich die rechtliche Bedeutung der Verwandtschaft auf dem Gebiete des Familienrechts, und in der Lehre von der Erbfolge. Nämlich:

1. Nah verwandte Personen dürfen einander nicht heirathen. (§. 675.)

2. Aeltern und Kinder sind einander zur Leistung von Alimenten verpflichtet. (§. §. 744. 745. vergl. §. 42.) Hiemit hängt denn

3. zusammen, daß Aeltern und Kinder gegeneinander das **Beneficium competentiae** haben. (§. 418.)

4. Bedarf Jemand eines Tutors, und es fehlt an einem testamentarischen Tutor, so tritt nun die gesetzliche Tutel ein, und zu dieser sind die nächsten Verwandten berufen. (§. 750.) Daß dies aber so ist, das hängt wieder zusammen damit, daß

5. die Verwandten diejenigen sind, welchen vor allen Uebrigen die Intestaterbfolge gebührt.

6. Wenn Jemand ein Testament errichtet, so ist er genöthigt, in diesem auf gewisse Verwandte besonders Rücksicht zu nehmen, wenn anders das Testament zu Recht soll bestehen können. — Das Nähere hinsichtlich dieser letzten beiden Punkte gehört in das Erbrecht. —

5) L. 23. D. d. adopt. I, 7. »Qui in adoptionem datur, his, quibus agnascitur, et cognatus fit; quibus vero non agnascitur, nec cognatus fit; adoptio enim non jus sanguinis, sed jus agnationis affert; — —.«

Also, wie gesagt, am wichtigsten ist die Verwandtschaft für das Familienrecht und für die Lehre von der Erbfolge. Indessen ist sie doch auch außerdem nicht ohne alle Bedeutung. Dahin gehört, daß, wenn die Güter eines Verschuldeten öffentlich versteigert werden, dessen Verwandte ein Vorkaufsrecht haben [1]). So viel über die rechtlichen Beziehungen der Verwandtschaft überhaupt.

Es ist nun aber noch besonders Rücksicht zu nehmen auf den Gegensatz zwischen Agnation und bloßer Cognation, desgleichen auf den Unterschied zwischen vollbürtiger und halbbürtiger Verwandtschaft. Der Gegensatz zwischen Agnation und bloßer Cognation war im ältern Rechte von der äußersten Wichtigkeit; vorzüglich gab nur die Agnation Anspruch auf Intestaterbfolge und gesetzliche Tutel. Und selbst im Justinianischen Rechte noch war in beiderlei Beziehungen der Unterschied zwischen Agnation und bloßer Cognation bis auf die Novelle 118. von großer Bedeutung. Seit dieser Novelle ist jedoch in den gedachten Beziehungen zwischen Agnaten und bloßen Cognaten kein Unterschied mehr. Dagegen ist der Gegensatz zwischen Agnation und bloßer Cognation auch noch im neuesten Justinianischen Rechte von Wichtigkeit

1. für die Begründung der Verwandtschaft durch Adoption. Der Adoptirte wird, wie schon im vorigen Paragraphen (S. Note 5.) bemerkt worden ist, verwandt nur mit dem Adoptirenden selbst und dessen Agnaten.

2. Kommt der Unterschied einigermaßen in Betracht bei dem Erwerbe der Erbschaft. Verwandten erwerben die Erbschaft ipso jure nur, wenn sie sui sind; sui können sie aber nur sein unter Voraussetzung der Agnation [2]).

Soviel über diesen Gegensatz. — Was aber den Unterschied zwischen vollbürtiger und halbbürtiger Verwandtschaft betrifft, so ist derselbe wichtig für die Intestaterbfolge, indem vollbürtige Geschwister und deren Söhne und Töchter vor halbbürtigen Geschwistern und deren Kindern nach der Novelle 118 den Vorzug

1) L. 16. D. d. reb. auctorit. jud. XLII, 5.

2) §. §. 2. 3. I. d. hered. qualit. et differ. II, 19.

Digitized by Google

haben. Und ferner: Zur **inofficiosi querela** werden außer den vollbürtigen Geschwistern nur gewisse halbbürtige Geschwister zugelassen: die **uterini** haben kein Recht auf einen Pflichttheil [3]).

§. 56.

ee. Aufhebung.

Wir müssen unterscheiden zwischen Agnation und bloßer Cognation. Die bloße Cognation beruht auf natürlicher Zeugung, natürlicher Abstammung. Die dadurch einmal begründete Thatsache der Blutsverwandtschaft läßt sich durch nichts wegschaffen, kann also nicht aufhören. Was aufhören kann, das sind lediglich die rechtlichen Wirkungen dieser Blutsverwandtschaft. Diese aber hören im Ganzen genommen auf, wenn unter den Verwandten der eine oder der andere eine **maxima** oder **media capitis deminutio** erfährt [1]). Indessen da wir in unserm heutigen gemeinen Rechte keine **maxima** oder **media capitis deminutio** haben, so ist der aufgestellte Rechtssatz für uns unpraktisch. Ich komme nun zu der Agnation. Die **Agnatio** ist ihrer Entstehung und ihrem Begriffe nach etwas Civiles, und kann daher füglich, nicht nur ihrer Wirkung, sondern auch ihrer Existenz nach aufhören. Sie hört aber auf durch jede **capitis deminutio**, nicht bloß durch **maxima** oder **media**, sondern auch schon durch **minima capitis deminutio** [2]). Dabei ist nun aber, soviel die **minima capitis deminutio** betrifft, folgender Unterschied wichtig: Ist das Verwandtschaftsverhältniß von gemischter Entstehung, so verliert es durch die **minima capitis deminutio** des einen oder des andern Theils zwar den eigenthümlichen Charakter der Agnation, aber es hört nicht gänzlich auf; es besteht fort als bloße Cognation. Und das ist von der größten praktischen Wichtigkeit. Z. B. A hat in einem **justum matrimonium** den B erzeugt. Jetzt emancipirt er den B. Dadurch erleidet dieser eine **minima**

3) L. 27. C. d. inofficios. III, 28.

1) §. 6. I. d. cap. minut. I, 16.

2) §. 3. I. d. legit. agnat. tut. I, 15. »Sed agnationis quidem jus omnibus modis capitis deminutione plerumque perimitur: nam agnatio juris est nomen; cognationis vero jus non omnibus modis commutatur, quia civilis ratio civilia quidem jura corrumpere potest, naturalia non utique.«

Digitized by Google

capitis deminutio, und so hört er nun auf, dem A durch Agnation verwandt zu sein. Aber darum hört er nicht überhaupt auf, ein Verwandter, ein Sohn des A zu sein. Und da nun die Nov. 118. bei der Intestaterbfolge die bloßen Cognaten nicht weniger berücksichtigt, als die durch Agnation verwandten Personen, so wird B den A nach der Novelle 118 ab intestato beerben, der aufgehobenen Agnation ungeachtet.

Dagegen: Ist das Verwandtschaftsverhältniß von rein civiler Entstehung, ist es begründet worden durch bloße Adoption, so wird es durch minima capitis deminutio des einen oder andern Theils gänzlich aufgehoben, es bleibt gar keine Verwandtschaft [3]). Denken wir uns daher das vorige Beispiel in der Art verändert, daß B ein bloßer Adoptivsohn des A war; so wird B, nachdem er emancipirt ist, die Ansprüche verlieren, die er, ohne die erfolgte Emancipation, als Sohn auf die Intestaterbschaft des A hätte machen können: Er ist ihm gar kein Sohn mehr. Wenn bei rein civiler Entstehung die Verwandtschaft noch nach der Aufhebung Wirkungen hat, so ist das immer als Ausnahme von der Regel zu betrachten. Dergleichen Ausnahmen aber werden wir kennen lernen in der Lehre von den Ehehindernissen. (§. 675.)

§. 57.

ζζ. Mehrfache Verwandtschaft [1]).

Mehrfache Verwandtschaft — entgegengesetzt der einfachen — findet unter denjenigen Statt, welche auf mehr, als Eine Weise mit einander verwandt sind, sei es in Beziehung auf die Verschiedenheit der Linien, oder in Beziehung auf die Verschiedenheit der Grade, oder in Beziehung auf den Gegensatz zwischen voller und halber Verwandtschaft und den bei letzterer vorkommenden Unterschied zwischen denjenigen, die durch einen gemeinsamen Stammvater, und denjenigen, die durch eine ge-

3) §. 2. I. d. nupt. I, 10. — §. 11. I. d. hered. quae ab intest. III, 1.

1) Hugo, Civilistisches Magazin. Bd. 4. Nr. 7. und Nr. 16. Dessen Lehrbuch d. heutigen Römischen Rechts. 7te Ausg. Berl. 1826. 8. S. 173. 179. 180. 185. 186. Glück, Erörterung der Lehre von der Intestaterbfolge. 2te Aufl. Erlang. 1822. 8. §. 19. und §. §. 39. bis 41.

Digitized by Google

meinsame Stammmutter verwandt sind. Sie kann eine zwiefache, aber auch eine dreifache u. s. w. sein.

Was nun ihre

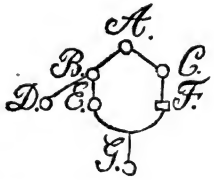
I. Entstehung

betrifft, so erfolgt diese entweder durch Ehe, oder durch Adoption.

A. Durch Ehe.

a. Wenn Personen, die unter sich verwandt sind, einander heirathen; so findet zwischen den aus einer solchen Ehe hervorgegangenen Descendenten und den Ascendenten und Collateralen der beiderseitigen Eheleute eine mehrfache Verwandtschaft Statt.

Beispiel:

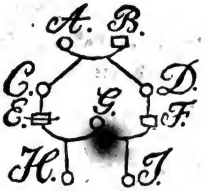


G ist 1. dem A, als Urenkel, verwandt sowohl durch E und B, als durch F und C; also in zwei verschiedenen Linien, die jedoch beide gerade Linien sind. Er ist 2. mit C durch den Vater in der Seitenlinie, als Großneffe, im 4ten Grade, durch die Mutter aber in gerader Linie, als Enkel, im 2ten Grade verwandt. Umgekehrt ist er 3. mit B durch die Mutter als Großneffe, durch den Vater als Enkel verwandt. Endlich 4. ist er mit D in der Seitenlinie durch den Vater, als Neffe, im 3ten, durch die Mutter aber im 5ten Grade verwandt.

b. Wenn Jemand sich hintereinander mit verschiedenen nicht ihm, aber unter sich verwandten Personen verheirathet; so sind die aus diesen verschiedenen Ehen entsprossenen Descendenten mehrfach mit einander verwandt.

Digitized by Google

Beispiel:

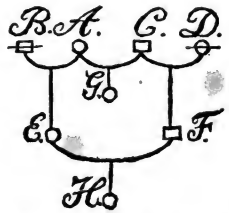


H und I sind durch den Vater im 2ten, durch die Mütter im 6ten Grade der Seitenlinie verwandt. Und ferner: die Verwandtschaft durch den Vater ist eine halbe, die durch die Mütter eine volle.

c. Wenn Personen, die unter einander verwandt sind, sich mit andern nicht ihnen, aber unter sich verwandten Personen verheirathen; so sind die Descendenten, deren Existenz sich auf diese verschiedenen Ehen gründet, einander gleichfalls mehrfach verwandt.

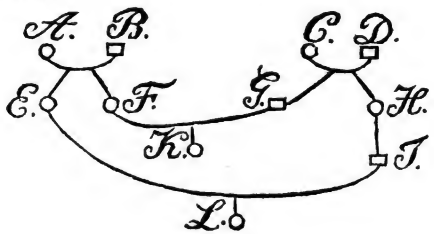
Beispiele:

1.



A ist mit E, C mit F in gerader Linie verwandt. Wenn nun A die C und E die F heirathet, so findet zwischen G und H eine zwiefache halbe Verwandtschaft Statt, indem G, als Halbbruder des E, Patruus, als Halbbruder der F, Avunculus des H ist.

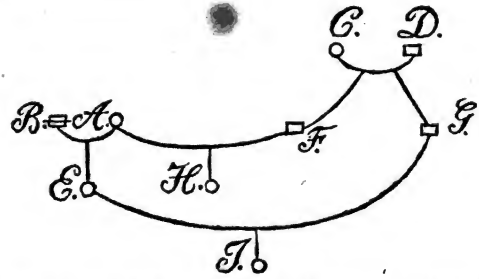
2.



Digitized by Google

E ist mit F, G mit I in der Seitenlinie verwandt. Heirathet nun F die G, E die I, so ist K mit L durch den Vater F im 4ten, durch die Mutter G im 5ten Grade der Seitenlinie verwandt.

3.



A und E sind in der geraden, F und G in der Seitenlinie verwandt. Angenommen nun, A heirathet die F und E die G, so ist H mit I durch den Vater A, als Oheim, im 3ten, durch die Mutter F, als Geschwisterkind, im 4ten Grade verwandt; und überdies ist die Verwandtschaft, inwieweit sie durch den Vater vermittelt wird, eine halbe, inwieweit sie aber durch die Mutter vermittelt wird, eine volle.

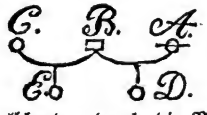
B. Durch Adoption

kann eine mehrfache Verwandtschaft bewirkt werden

a. wenn Jemand einen ihm schon durch die Bande des Blutes Verwandten adoptirt, z. B. wenn einer einen Enkel, einen Neffen u. s. w. an Sohnes Statt annimmt;

b. wenn Jemand einen Solchen adoptirt, der zwar nicht mit ihm selbst, wohl aber mit Verwandten von ihm verwandt ist;

z. B.

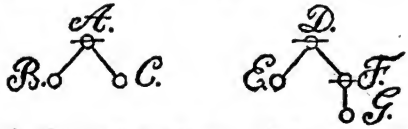


D ist des E Halbbruder durch die Mutter; wird er aber von dem C an Sohnes Statt angenommen, so wird er nun zugleich Halbbruder des E durch den Vater.

Digitized by Google

c. wenn mehrere unter einander durch Agnation verwandte Personen dritte unter sich durch Blutsverwandtschaft verbundene Personen adoptiren.

z. B.



E und G sind durch die Bande des Blutes im 3ten Grade der Seitenlinie verwandt; E ist des G Oheim. Wenn nun aber B den E und C den G arrogirt, so werden E und G dadurch im 4ten Grade der Seitenlinie verwandt; sie sind durch die Arrogation Brüderkinder, vorausgesetzt, daß B und C Agnaten sind.

Ich komme nunmehr zu den

II. Wirkungen

derselben. Diese zeigen sich:

A. In der Lehre von den Ehehindernissen.

Wenn unter den mehreren Verwandtschaftsverhältnissen auch nur Eines die Ehe ausschließt, so ist diese für unstatthaft zu halten.

B. In der Lehre von der Erbfolge.

a. Unter Voraussetzung eines Testamentes. Damit Jemand die Rechte eines Notherben und Anspruch auf einen Pflichttheil habe, ist es genug, daß Eines der mehreren zwischen ihm und dem Verstorbenen obwaltenden Verwandtschaftsverhältnisse ihm jene Rechte, jenen Anspruch gewähre.

b. Bei der Intestaterbfolge. Ist unter den mehren Verwandtschaftsverhältnissen, in welchen Jemand zu dem Verstorbenen steht, Eines von der Art, daß es ihm vor andern Verwandten den Vorzug gibt, während die übrigen ihn gegen diese zurücksetzen; so hindert ihn nichts, jenes gerade geltend zu machen. Und ferner: Wo die mehreren Verwandtschaftsverhältnisse, in denen Jemand zu dem Erblasser steht, gleich nahe Ansprüche gewähren, da kann er sie, inwiefern nach Stämmen oder Linien zu theilen ist, insgesammt benutzen, und dadurch zu einem grö-

Digitized by Google

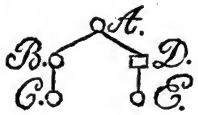
ßeren Antheile an der Erbschaft gelangen, als er bei einfacher Verwandtschaft würde erhalten haben.

§. 58.

β. Grundsätze des Canonischen Rechts.

I. Eigentliche Verwandtschaft.

Bei der eigentlichen Verwandtschaft hat das Canonische Recht in der Seitenlinie eine andere Gradzählung, als das Römische. Es zählt nicht von einem Seitenverwandten bis zum andern, sondern es zählt von jedem einzelnen Seitenverwandten nur bis zu dem nächsten gemeinschaftlichen Ascendenten [1]). Stehen beide Seitenverwandte dem nächsten gemeinschaftlichen Ascendenten gleich nahe, sind sie also, wie dies ausgedrückt zu werden pflegt, »in linea aequali« mit einander verwandt, so genügt zur Bestimmung ihres Verhältnisses Eine Zahl. Z. B.



B. D. 1. C. E. 2.

Steht aber der Eine dem nächst gemeinschaftlichen Ascendenten näher, der Andere entfernter, sind also beide, wie man hier zu sagen pflegt, »in linea inaequali« verwandt, so bedarf es, wenn anders die Bezeichnung des Verhältnisses genau sein soll, der Angabe zweier Zahlen, wobei man die kleinere voranzusetzen pflegt; so in dem angeführten Beispiele

z. B. B. E. — 1 und 2.

Dieser Canonischen Gradzählung nun bedient man sich da, wo es darauf ankommt, die im Canonischen Rechte enthaltenen Eheverbote zu bezeichnen [2]); außerdem ist heutiges Tages die Römische Gradzählung angenommen.

1) c. 2. C. 35. qu. 2.

2) Den Zusammenhang dieser Gradzählung mit den Eheverboten deutet die in Note 1. citirte Stelle selbst in folgender Weise an: »— — Hac igitur de causa, quia hereditates nequeunt deferri, nisi de una ad alteram personam, idcirco curavit

II. Geistliche Verwandtschaft.

Die geistliche Verwandtschaft, »**Cognatio spiritualis**«, wird begründet theils durch das Sacrament der Taufe, theils durch das Sacrament der Firmelung. Das ältere Canonische Recht gab dieser geistlichen Verwandtschaft einen großen Umfang; allein nach den Beschlüssen des Tridentinischen Conciliums besteht, soviel die Taufe betrifft, geistliche Verwandtschaft nur zwischen dem Taufenden und den Pathen einerseits, dem Täufling aber und dessen Aeltern andererseits [3]). Diese Bestimmungen finden auf die Firmelung analoge Anwendung. Uebrigens besteht die rechtliche Bedeutung der geistlichen Verwandtschaft lediglich in ihrem Einfluß auf die Zulässigkeit der Ehe. (§. 675.)

b. Verschwägerung.

§. 59.

α. Römische Ansicht.

† DIG. XXXVIII, 10. De gradibus et affinibus etc.

Es gibt eine *eigentliche*, aber auch eine *uneigentliche* Verschwägerung. Zuerst von jener.

Die Verschwägerung heißt »**Affinitas**«; die verschwägerten Personen werden »**Affines**« genannt. Die Römer nun geben dem Ausdruck **Affinitas** eine zwiefache Beziehung: erstens auf das Verhältniß der Ehegatten untereinander [1]); zweitens auf das Verhältniß des einen Ehegatten zu den Verwandten des andern [2]). Diese letzte Beziehung ist die gewöhnliche und zugleich diejenige, welche nach Justinianischem Rechte allein von privatrechtlichem Interesse ist. Daher soll im weitern Verfolge auch nur von ihr die Rede sein. Das Einzelne ist dieses:

secularis Imperator, in singulis personis singulos praefigere gradus. Quia vero nuptiae sine duabus non valent fieri personis, ideo sacri canones duas in uno gradu constituere personas — —.«

3) Concil. Tridentin. Sess. 24. De reformat. matrim. c. 2.

1) L. 8. D. d. cond. c. d. c. n. s. XII, 4. — L. 38. §. 1. D. d. usur. XXII, 1.

2) L. 4. §. 3. D. h. t. »— — Affines sunt viri et uxoris cognati, dicti ab eo, quod duae cognationes, quae diversae inter se sunt, per nuptias copulantur, et altera ad alterius cognationis finem accedit; namque conjungendae affinitatis causa fit ex nuptiis.«

Digitized by Google

1. Die Entstehung der Schwägerschaft setzt Ehe voraus und zwar gültige Ehe [3]).

2. Die Verschwägerung ist beschränkt auf das Verhältniß des einen Ehegatten zu den Verwandten des andern; auf die Verschwägerten des andern erstreckt sie sich nicht. Aber auch bei den Verwandten kommt es noch darauf an, wie die Verwandtschaft entstanden ist. Man ist verschwägert mit den Blutsverwandten des andern, und zwar mit allen, sobald nur die Verwandtschaft eine juristisch anerkannte Verwandtschaft ist; daher sind namentlich einem Manne auch die unehelichen Kinder verschwägert, welche ein Anderer mit seiner Frau erzeugt hat [4]). Dagegen sind die dem andern Ehegatten bloß durch Adoption Verwandten keine Affines im eigentlichen Sinne [5]). Die Verwandten der beiderseitigen Ehegatten unter einander sind nicht verschwägert.

3. Auch auf die Verschwägerung wird der Begriff der Linie angewandt, nämlich in der Art: Mit den Ascendenten und Descendenten des andern Ehegatten ist man in gerader, mit den Collateralen desselben in der Seitenlinie verschwägert. Auf die gerade Linie beziehen sich die Ausdrücke „Schwiegerältern“ und „Schwiegerkinder“, desgleichen die Ausdrücke „Stiefältern“ und „Stiefkinder“; auf die Seitenlinie die Ausdrücke „Schwager“ und „Schwägerin“. So verhält es sich mit den Linien. Was aber die Grade betrifft, so sagt Modestinus in einer Stelle unserer Pandekten [6]): »**Gradus autem affinitati nulli sunt.**« Dagegen spricht Paulus in einer andern Stelle [7]) auch bei der Affinitas von Graden. Die Sache ist diese: Bei der Verschwägerung läßt sich von Graden allerdings nicht in demselben Sinne sprechen, wie bei der Verwandtschaft; denn wenn man von zwei Personen sagt, daß sie in dem und dem Grade mit einander verwandt sind, so will man damit das unter ihnen selbst bestehende Verhältniß der Abstammung näher bezeichnen. Ein solches Verhältniß aber liegt bei der Verschwägerung nicht vor. Indessen mit denselben

3) cit. L. 4. §. 3. D. L. 4. §. 8. D. eod.
4) L. 7. D. eod.
5) L. 4. §. 10. D. eod.
6) L. 4. §. 5. D. eod.
7) L. 10. pr. D. eod.: »Jurisconsultus cognatorum gradus et affinium nosse debet.«

Digitized by Google

Modificationen, mit welchen man den Begriff der Linien auf die Verschwägerung anwendet, mit eben diesen läßt sich auch der Begriff der Grade anwenden: in demselben Maße, in welchem die Verwandten des einen Ehegatten diesem hinsichtlich der Abstammung nahe oder ferne stehen, in eben diesem Maße sind sie mit dem andern Ehegatten hinsichtlich der Verschwägerung nahe oder fern verbunden [8]).

4. Die Schwägerschaft wird aufgehoben durch **maxima**, oder **media capitis deminutio** [9]); ferner dadurch, daß die Ehe, durch welche sie hervorgebracht ist, getrennt wird, es sei durch Tod, oder durch Scheidung [10]). So sind also z. B. die Verwandten meiner Frau, so lange die Ehe währt, meine Verschwägerten; wird aber die Ehe getrennt, so hören sie auf, meine Verschwägerten zu sein. Hieraus folgt: mit den Verwandten, welche der andere Ehegatte erst nach getrennter Ehe erwirbt, die da erst anfangen, ihm verwandt zu werden, ist man nicht verschwägert [11]).

5. Was die rechtlichen Beziehungen anbelangt, so hat, nach Justinianischem Rechte, die bestehende Verschwägerung gar keine privatrechtliche Bedeutung, sondern nur die aufgehobene, oder die noch bevorstehende. Nämlich: Gewisse Personen darf man um deswillen nicht heirathen, weil man mit ihnen früher nahe verschwägert gewesen ist; und andere Personen darf man darum nicht heirathen, weil durch die Heirath ein unschickliches Verschwägerungsverhältniß mit dritten Personen würde herbeigeführt werden. (§. 676. II.)

Soviel über die eigentliche Verschwägerung. Ich komme nun zu der uneigentlichen Verschwägerung.

Ich sprach nur so eben davon, daß die privatrechtliche Bedeutung der Verschwägerung sich in der Lehre von den Ehehindernissen zeige. In dieser werden nun aber manche Verhältnisse, welche

8) Eine specielle Angabe der wichtigsten einzelnen Verhältnisse der Verschwägerung und der dafür üblichen Benennungen enthält **L. 4. §. §. 4. 6. D. eod.**

9) **L. 4. §. ult. D. eod.**

10) **§. §. 6. 7. I. d. nupt. I, 10.**

11) **L. 12. §. 3. D. d. R. N. XXIII, 2.**: »Si uxor mea post divortium alii nupserit, et filiam susceperit, putat Julianus, hanc quidem non privignam esse, verum nuptiis ejus abstinendum.«

Digitized by Google

an und für sich nicht unter den Begriff der Verschwägerung fallen, wenigstens nach der Analogie der Verschwägerung behandelt, dergestalt, daß sie ebenfalls Ehehindernisse ausmachen. Diese Verhältnisse mögen wir zusammenfassen unter der Benennung „uneigentliche Verschwägerung", oder, wie man gewöhnlicher sagt, „Quasi-Affinität." Dahin gehört

1. das Verhältniß des einen Ehegatten zu denjenigen Verwandten des andern, welche diesem durch Adoption verwandt sind.

2. Das Verhältniß zu gewissen Verschwägerten des andern Ehegatten.

3. Das Verhältniß zu den, von dem gewesenen Ehegatten erst nach getrennter Ehe erzeugten Kindern [11]).

4. Das Verhältniß des Bräutigams zu gewissen Verwandten der Braut, und ebenso das Verhältniß der Braut zu gewissen Verwandten des Bräutigams;

5. das durch Contubernium oder Concubinat begründete Verhältniß des einen Theils zu den Verwandten des andern. Das Contubernium kann bei uns heutiges Tags nicht vorkommen; indeß zum Verständniß der Quellen bemerke ich kurz Folgendes. Mit dem Ausdruck „Contubernium" wird bezeichnet eine Verbindung unter Personen verschiedenen Geschlechts, welche beide Sclaven sind, oder deren Eine wenigstens sich in dem Zustande der Sclaverei befindet. Eine solche Verbindung ist keine Ehe, aber sie hat wenigstens Aehnlichkeit mit der Ehe; und deshalb wird denn das Verhältniß des einen Theils zu den Verwandten des andern unter der Benennung »**servilis affinitas**« in der Lehre von den Ehehindernissen behandelt als ein Analogon der eigentlichen Verschwägerung. Der Concubinat ist ebenfalls keine Ehe, aber wegen seiner Aehnlichkeit mit der Ehe kommt in der Lehre von den Ehehindernissen wegen Verschwägerung auch er in Betracht. Außer dem Contubernium und dem Concubinat begründet nun aber uneheliche Geschlechtsvermischung nach Römischem Rechte nicht einmal ein Analogon der Verschwägerung. (Das Nähere über die aus der uneigentlichen Verschwägerung hervorgehenden Ehehindernisse wird vorkommen im §. 676.)

Digitized by Google

§. 60.

β. Grundsätze des Canonischen Rechts.

Von einer Affinität unter den Ehegatten selbst bloß wegen der Ehe kommt im Canonischen Rechte Nichts vor; wohl aber, wenn der Ausdruck bezogen wird auf das Verhältniß des Einen zu den Angehörigen des Andern. Und hierüber ist denn Folgendes zu bemerken:

Erstens: der Römische Begriff von eigentlicher Verschwägerung beruht nicht auf der Voraussetzung des Beischlafs, sondern auf der Voraussetzung der Ehe. Das Canonische Recht dagegen sieht nur auf den Beischlaf, er mag übrigens ein ehelicher, oder ein außerehelicher sein. Die Verschwägerung muß also nach Canonischem Rechte so definirt werden: Sie besteht in dem Verhältnisse des einen Concumbenten zu den Angehörigen des andern. Dieser Begriff macht es möglich, daß während der Ehe ein Ehegatte mit dem andern verschwägert zu werden anfängt. Dahin gehört z. B. wenn ein verheiratheter Mann mit einer Verwandten seiner Frau unerlaubter Weise den Beischlaf ausübt; daraus entsteht zwischen ihm und seiner Frau ein Verhältniß der Verschwägerung [1]). Eine solche unter Ehegatten erst nach geschlossener Ehe eintretende Verschwägerung pflegt man »superveniens affinitas« zu nennen.

Zweitens: Nach Canonischem Rechte ist im Fall der Ehe die Verschwägerung nicht beschränkt auf das Verhältniß des einen Ehegatten zu den Verwandten des andern; sondern sie erstreckt sich auch auf die Verschwägerten dieses Letztern. Das Canonische Recht unterscheidet nämlich bei einer durch Ehe begründeten **Affinitas drei genera affinitatis:**

Das erste genus bezieht sich auf das Verhältniß des einen Ehegatten zu den Verwandten des andern; hier liegt also die Römische Ansicht zum Grunde.

Das zweite genus besteht in dem Verhältniß des einen Ehegatten zu den Verschwägerten des andern, vorausgesetzt, daß

1) c. 10. X. de eo, qui cognovit consanguineam uxoris suae, vel sponsae. IV, 13.

Digitized by Google

sie mit diesem in der Art verschwägert sind, wie der Begriff der ersten Gattung es mit sich bringt. Nach Römischem Rechte liegt in einem solchen Verhältnisse keine eigentliche Verschwägerung, sondern nur etwas, was in gewissen Beziehungen als ein Analogon der Verschwägerung betrachtet wird.

Das dritte genus ist das Verhältniß des einen Ehegatten zu des andern Verschwägerten der zweiten Gattung. Dies ist etwas dem Römischen Rechte ganz und gar Fremdartiges. — Soviel über den Begriff der verschiedenen Gattungen [2]). Aus allen leitete das ältere Canonische Recht Ehehindernisse ab. Innocenz III. hat indessen die auf der Voraussetzung des zweiten und dritten genus beruhenden Eheverbote aufgehoben [3]).

Drittens: Die Gradzählung bei der Affinität ist im Canonischen Recht ausdrücklich anerkannt, indem das Canonische Recht die Regel gibt: in demselben Grade, in welchem Jemand dem einen Ehegatten verwandt ist, in demselben ist er dem andern verschwägert [4]).

Viertens: Da nach Canonischem Rechte die Entstehung der Verschwägerung von der Voraussetzung der Ehe unabhängig ist, so ist es natürlich, daß auch da, wo die Verschwägerung durch Ehe gerade begründet ist, die Trennung der Ehe die Verschwägerung rechtlich nicht aufhebt [5]).

§. 61.

D. Aufenthalt.

† DIG. L, 1. Ad municipalem et de incolis. † COD. X, 39. De incolis, et ubi quis domicilium habere videtur, et de his, qui studiorum causa in aliena civitate degunt.

Rücksichtlich physischer Personen kommt der Ort ihres Aufenthalts juristisch in mehr als Einer Beziehung in Betracht.

Zuerst gehört hieher die Bemerkung, daß Anwesenheit und Abwesenheit von eigenthümlichem Einflusse sind, theils

2) Die hier aufgestellte Begriffsbestimmung findet sich bei Böhmer, J. E. P. IV, 14. §. 33., desgl. bei Walter, Kirchenr. §. 244. und bei Glück, XXIII, S. 379. Die Definitionen bei Wiese, Kirchenr. II, S. 642. folg. scheinen fehlerhaft zu sein.

3) c. 8. X. d. consanguin. et affinitat. IV, 14.

4) c. 3. C. 35. qu. 5.

5) c. 1. C. 35. qu. 10.

Digitized by Google

auf die Verjährung, theils auf die **Integri restitutio**. Das Nähere darüber wird in der Folge vorkommen, und da werden wir namentlich sehen, daß bisweilen auch die Anwesenden als abwesend behandelt werden, daß es also auch eine fingirte Abwesenheit gibt.

Sodann ist hier von dem **Domicilium**, von dem Wohnorte zu sprechen, dessen Wichtigkeit in rechtlicher Hinsicht auf mehrfache Weise sich äußert; so z. B. bei der Frage, welchen Rechtsnormen Jemand für seine Person unterworfen ist, in der Lehre vom Gerichtsstande u. s. w.

Das **Domicilium** ist aber entweder ein freiwilliges, »**domicilium voluntarium**,« oder ein nothwendiges, »**domicilium necessarium**.« Was nun

A. das domicilium voluntarium

betrifft, so fragt sich zuerst, wie selbiges begründet wird? Der bloße Aufenthalt reicht hiezu nicht hin [1]), die bloße Absicht auch nicht [2]). Beides muß zusammentreffen, so daß bei gleichem Aufenthalt die Absicht entscheidet [3]). Worauf muß aber die Absicht gerichtet sein? Darauf, den fraglichen Ort als denjenigen zu betrachten, an welchem man der Regel nach verweilt, an welchem und von welchem aus man regelmäßig häusliche und anderweitige Geschäfte betreibt [4]). Insbesondere ist noch zu bemerken, daß der Besitz eines Hauses zur Begründung des Domicils nicht hinreicht [5]); eben so wenig der Aufenthalt wegen Studien, wenn er nicht über zehn Jahre gedauert hat [6]).

Eine zweite Frage ist sodann, wodurch die Aufhebung des Domicils bewirkt wird? Dies geschieht vor Allem durch den Tod. Außerdem ist sie Sache der freien Willkür, namentlich was die Verlegung des Wohnsitzes aus einem Deutschen Bundesstaat in den anderen betrifft, indem die Bundesacte, Art.

1) L. 27. §. 1. D. h. t.
2) L. 20. D. eod.
3) L. 27. §. 2. D. eod. S. unten Note 7.
4) L. 7. C. h. t. »— — Et in eo loco singulos habere domicilium non ambigitur, ubi quis larem, rerumque ac fortunarum suarum summam constituit, unde rursus non sit discessurus, si nihil avocet, unde cum profectus est, peregrinari videtur, quodsi rediit, peregrinari jam destitit.«
5) L. 17. §. 13. D. h. t.
6) L. 2. C. h. t.

Digitized by Google

18. allen Unterthanen der Deutschen Bundesstaaten ausdrücklich die Befugniß zugesteht aus einem Deutschen Bundesstaat wegzuziehen in einen anderen, der erweislich sie zu Unterthanen annehmen will, jedoch nur insofern keine Verbindlichkeit zum Militärdienst gegen das bisherige Vaterland im Wege steht.

Uebrigens ist die Möglichkeit eines zweifachen Domicils in unsern Quellen anerkannt [7]). Eine besondere Schwierigkeit kann hier rücksichtlich der Frage entstehen, die Gesetze welches Wohnorts im einzelnen Falle anzuwenden sind [8]).

B. Ein domicilium necessarium

haben Verbannte [9]); eben so kann durch amtliche Stellung ein nothwendiges Domicil herbeigeführt werden [10]); in ähnlicher Weise hat die Ehefrau ein solches, da sie hinsichtlich des Wohnorts dem Manne folgen muß [11]).

III. Von den juristischen Personen. (§. §. 62-67.).

§. 62.

A. Im Allgemeinen.

Eine juristische Person ist Alles außer den einzelnen Menschen, was als Subject von Rechten oder Verpflichtungen anerkannt wird [1]). Dieses Anerkenntniß kann in einer allgemeinen durch Gesetz oder Gewohnheitsrecht aufgestellten Regel enthalten sein, oder auch auf einer im Einzelnen ertheilten Verleihung beruhen. Was aber den Gegenstand des Anerkenntnisses betrifft, so ist zwar eine juristische Person, an und für sich, immer nur etwas Gedachtes; dieses Gedachte setzt indessen nothwendig irgend etwas mehr oder weniger Aeußerliches voraus, was in Beziehung

7) L. 6. §. 2. L. 27. §. 2. D. h. t. »Celsus — — tractat: si quis instructus sit duobus locis aequaliter, neque hîc, quam illic minus frequenter commoretur, ubi domicilium habeat, existimatione animi esse accipiendum. Ego (Ulp.) dubito, si utrubique destinato sit animo, an possit quis duobus locis similiter domicilium habere, Et verum est habere, licet difficile est, quemadmodum difficile est, sine domicilio esse quenquam. Puto autem et hoc procedere posse — —.«

8) Siehe hierüber Schweppe, Röm. Privatr. §. 20a. Nr. 8.

9) L. 22. §. 3. D. eod.

10) L. 23. §. 1. D. eod.

11) L. ult. §. 3. D. eod.

1) Siehe Heise, Grundriß, Buch I. §. 98. Note 15.

Digitized by Google

dazu steht, und was man mit Heise, in seinem Grundriß des Civilrechts [2]), das Substrat der juristischen Person nennen mag. Dieses Substrat nun kann in anderen Personen, nämlich in physischen bestehn, aber es kann auch bestehn in Sachen.

Ich sage in physischen Personen. Hier ist wieder ein doppelter Fall möglich:

Erstens: Die Beziehung einer oder auch mehrer physischen Personen auf eine juristische, kann in der Repräsentation dieser letzteren bestehen. So wird die juristische Person des Regenten äußerlich repräsentirt durch die physischen Personen, welche die in der Idee des Regenten gedachte Gewalt ausüben. Daß hier die physischen Personen bloße Repräsentanten sind, ergibt sich unter anderen daraus, daß sie dem Wechsel unterworfen sind, während die juristische Persönlichkeit des Regenten fortdauernd dieselbe bleibt [3]). Auf eine ähnliche Weise verhält es sich mit öffentlichen Aemtern, inwieweit diesen juristische Persönlichkeit beigelegt ist: die Repräsentanten sind hier die das Amt verwaltenden Beamten. Soviel über diesen ersten Fall.

Zweitens: Die Beziehung physischer Personen auf eine juristische kann darin liegen, daß die juristische Person das Resultat einer Vereinigung physischer Personen ist. Nämlich, wenn eine Mehrzahl physischer Personen zu einem gemeinschaftlichen Zwecke zusammentritt und diese Verbindung als mögliches Subject von Rechten und Verbindlichkeiten anerkannt wird, so verwandelt sich die Vielheit der physischen Personen, welche die Vereinigung ausmachen, in die Einheit Einer juristischen Person. Dergleichen juristische Personen werden **Universitates** genannt. In der allgemeinen Bedeutung können wir auch den Staat eine **Universitas** nennen. In der engern und gewöhnlichern Bedeutung aber versteht man darunter eine Gesellschaft im Staate, deren juristische Persönlichkeit eben darauf beruht, daß der Staat sie anerkennt. Der Deutsche Ausdruck für eine solche unterge-

2) a. a. O. siehe Note 1.

3) L. 56. D. d. legat. I. »Quod Principi relictum est, qui ante, quam dies legati cedat, ab hominibus ereptus est, ex constitutione divi Antonini successori ejus debetur.« Vgl. L. 57. eod. — c. 5. in VI. d. rescript. I, 3.

Digitized by Google

ordnete Universitas dieser Art ist „Gemeinheit.“ Von diesen Gemeinheiten wird nachher in den §. §. 63—65. noch besonders gehandelt werden.

Auf die bisher bezeichnete Weise verhält es sich mit dem Substrat juristischer Personen da, wo dasselbe in physischen Personen besteht. Das Substrat kann nun aber, wie ich vorhin schon bemerkt habe, auch in Sachen bestehn. Hieher gehört

zuerst dieses, daß gelegentlich das Vermögen einer Person selbst als Person behandelt wird, nämlich als eine juristische Person. Dies ist z. B. der Fall mit dem Vermögen des Staats, dem unter der Benennung Fiscus eine eigene juristische Persönlichkeit beigelegt wird. Davon §. 66. Ferner wird als juristische Person betrachtet das Vermögen eines Verstorbenen, so lange es noch nicht auf einen Erben übergegangen ist, so lange es also eine jacens hereditas, eine liegende Erbschaft ausmacht [4]).

Zweitens finden wir, daß häufig Anstalten, welche auf die Beförderung eines Zweckes berechnet sind, der mehr oder weniger das allgemeine Interesse in Anspruch nimmt, als selbstständige Subjecte von Rechten und Verbindlichkeiten angesehen, und sonach als juristische Personen behandelt werden. Man bezeichnet dergleichen Anstalten mit dem Ausdrucke Stiftungen. Eine besonders wichtige Art der Stiftungen sind die frommen Stiftungen. Ich werde hierauf zurückkommen im §. 67.

B. Insbesondere.

a. Von den Gemeinheiten.

† DIG. III, 4. Quod cujuscumque universitatis nomine vel contra eam agatur.

DIG. L, 1. Ad municipalem et de incolis bis L, 10. De operibus publicis. L, 12. De pollicitationibus. — COD. VIII, 12. De operibus publicis. VIII, 13. De ratiociniis operum publicorum etc. X, 31. De decurionibus etc. bis X, 68. Si post creationem quis decesserit. XI, 29. De jure reipublicae bis XI, 39. De solutionibus et liberationibus debitorum civitatis.

4) L. 31. §. 1. D. d. hered. instit. XXVIII, 5. — pr. I. d. stipul. servor. III, 17. (18.)

Digitized by Google

DIG. XLVII, 22. De collegiis et corporibus. — COD. VI, 62. De hereditatibus decurionum, navicul ariorum, cohortalium, militum et fabricensium. XI, 1. De navicul ariis etc. XI, 2. De praediis et omnibus rebus navicul ariorum. XI, 6. De metallariis etc. XI, 7. De murilegulis etc. XI, 9. De fabricensibus. XI, 13. De decurialibus urbis Romae bis XI, 17. De collegiatis etc.

§. 63.

α. Entstehung.

Zu der Entstehung einer **Universitas** wird

zuerst erfordert eine Vereinigung mehrer physischen Personen. Ich sage mehrer; es müssen wenigstens drei zusammentreten [1]).

Zweitens. Die Vereinigung muß einen bestimmten Zweck haben. Dieser Zweck kann von sehr verschiedener Art sein. Es gibt kirchliche Gemeinheiten; aber auch Gemeinheiten zu bürgerlichen Zwecken. Dahin gehören die Stadtgemeinheiten, die **Civitates**, welche in unsern Quellen sehr häufig auch unter dem Namen »**Res publicae**« vorkommen; ferner die Dorfgemeinheiten, desgleichen die Zünfte und Innungen. Auch eine Behörde kann eine **Universitas** ausmachen, die dann entweder irgend ein Amt repräsentirt, oder auch wohl als Repräsentantin einer andern **Universitas** handelt. In diesem letzten Verhältnisse standen bei den Römern namentlich die Curien, deren in den Justinianischen Rechtsbüchern so häufige Erwähnung geschieht, und über die ich eben deshalb hier ein Wort sagen muß. Wie es in Rom und späterhin auch in Constantinopel einen Senat gab, dessen Thätigkeit sich auf die Angelegenheiten des Staates im Ganzen bezog; so gab es in den übrigen Städten für deren besondere Angelegenheiten ebenfalls Senate, welche Curien genannt wurden. Die Mitglieder derselben hießen **Curiales, Decuriones**. Diese Curien nun wurden, in späterer Zeit wenigstens, in allen städtischen Angelegenheiten als die Repräsentanten der Gesammtheit betrachtet; die von ihnen gefaßten Beschlüsse galten als Beschlüsse dieser letztern.

1) L. 85. D. d. V. S. »Neratius Priscus, tres facere, existimat, collegium, et hoc magis sequendum est.«

Digitized by Google

Drittens wird erfordert, daß der Staat die zu einem bestimmten Zweck getroffene Vereinigung als juristische Person anerkenne [2]). Dieses Anerkenntniß von Seiten des Staates kann auf die Vereinigung folgen, es kann derselben aber auch vorangehen; der Staat selbst kann die **Universitas** hervorbringen, z. B. durch die Anordnung einer aus einer Vielheit physischer Personen bestehenden Behörde.

Im Allgemeinen liegt darin, daß eine Gesellschaft erlaubt, daß sie nicht verboten ist, noch keine Anerkennung ihrer juristischen Persönlichkeit. Nur mit den **Collegiis** hatte es bei den Römern allerdings eine eigenthümliche Bewandniß. Der Ausdruck **Collegium** kommt vor in mehr, als einer Bedeutung, unter andern in der, da er sich auf solche Vereinigungen bezieht, welche weder eine Stadt- oder Dorfgemeinheit, noch auch eine öffentliche Behörde bilden. In dieser Bedeutung nehme ich hier den Ausdruck, und da finden wir denn nun, daß bei den Römern alle **Collegia**, die nicht besonders erlaubt waren, als unerlaubte Verbindungen, als **illicita collegia** angesehen wurden [3]). Dagegen ward den erlaubten Collegien, den **licitis collegiis**, allgemein zugleich juristische Persönlichkeit zugeschrieben [4]).

§. 64.

β. Rechtliche Verhältnisse.

I. Persönlichkeit der Universitas im Ganzen.

Hiebei ist theils auf die Rechtsfähigkeit, theils auf die Handlungsfähigkeit einer **Universitas** Rücksicht zu nehmen.

Was zunächst die Rechtsfähigkeit betrifft, so bringt diese schon der Begriff einer **Universitas** mit sich [1]), wenn gleich nicht jede **Universitas** gerade in jeder Beziehung rechtsfähig zu

2) L. 1. pr. D. h. t. (III, 4.)

3) L. 3. pr. et §. 1. D. d. colleg. et corporib. XLVII, 20. »(§. 1.) In summa autem, nisi ex SCti auctoritate vel Caesaris collegium, vel quodcunque tale corpus coierit contra SCtum et mandata et constitutiones collegium celebratur.«

4) L. 20. (21.) d. reb. dub. XXXIV, 5.

1) L. 1. §. 1. D. h. t. »Quibus autem permissum est corpus habere, collegii, societatis, sive cujusque alterius eorum nomine, proprium est, ad exemplum reipublicae habere res communes, arcam communem et actorem sive syndicum, per quem tanquam in republica, quod communiter agi fierique oporteat, agatur et fiat.«

Digitized by Google

sein braucht [2]). Im Ganzen sind aber **Universitates** allerdings fähig, Rechte und Verbindlichkeiten zu haben, und daher ist denn auf sie auch der Begriff des Vermögens anwendbar, sowohl des activen, als des passiven [3]). Indessen darf man, wenn von den Rechten einer **Universitas** die Rede ist, ja nie vergessen, daß diese Rechte nicht den einzelnen Individuen zustehen, welche die **Universitas** bilden, sondern der **Universitas** als solcher. Daher kann man denn auch von den einer **Universitas** gehörigen Sachen nicht etwa sagen, daß jedes einzelne Mitglied der **Universitas** einen gewissen Antheil daran habe. Keineswegs. Die Mitglieder, als Einzelne, sind weder Eigenthümer des Ganzen, noch irgend eines Theils. Nur das kann allerdings vorkommen, daß das Benutzungsrecht den einzelnen Mitgliedern zusteht. Hierauf beruht folgender Unterschied: die einer **Universitas** gehörigen Sachen, also die **Res universitatis** sind entweder dazu bestimmt, von der **Universitas** als solcher, oder dazu, von den Mitgliedern als Einzelnen benutzt zu werden. Sachen der zuletzt bezeichneten Art werden **res universitatis** im engern Sinne genannt; von den Sachen der ersten Art aber pflegen die Neuern zu sagen: sie gehören zu dem **patrimonium universitatis**. Ich habe insbesondere gerade von Rechten an Sachen gesprochen: aber von obligatorischen Rechten gilt dasselbe; auch sie stehen nicht den einzelnen Mitgliedern zu, sondern der **Universitas** im Ganzen. Und ebenso ist bei Verbindlichkeiten die **Universitas** das Subject, nicht der Einzelne [4]).

Soviel in Bezug auf die Rechtsfähigkeit. Wie nun aber steht es um die Handlungsfähigkeit der **Universitas**?

Vor Allem fragt es sich, inwieweit sind **Universitates** zu Willenserklärungen fähig? Der Strenge nach müßte man behaupten, daß eine **Universitas** als etwas, was bloß in der Idee besteht, keinen Willen haben und sonach auch keine Willenserklä-

2) Hieher gehört L. 8. C. d. hered. instit. VI, 24., der zu Folge selbst licita collegia ohne ein besonderes Privilegium zum Erwerbe einer Erbschaft unfähig sein sollen.

3) Siehe die Stelle in Note 1.

4) In Beziehung auf die so eben vorgetragenen Grundsätze sind zu vergleichen: L. 6. §. 1. D. d. divis. rer. I, 8. L. 10. §. 4. D. de in jus voc. II, 4. L. 7. §. 1. D. h. t. »Si quid universitati debetur, singulis non debetur, nec quod debet universitas singuli debent.«

Digitized by Google

rung abgeben könne. Indessen, so streng nimmt man es nicht; man betrachtet als Willenserklärung der **Universitas** den gemeinsamen Beschluß der Mitglieder. In der Regel wird Einstimmigkeit zu einem solchen gemeinsamen Beschlusse nicht erfordert, sondern, was die Mehrheit gewollt hat, das gilt als Wille der Gesammtheit [5]). In besonderer Beziehung auf die Beschlüsse der Curien kommen in unsern Quellen [6]) folgende nähere Bestimmungen vor: Soll von der Curie ein Beschluß gefaßt werden, so müssen sämmtliche Mitglieder derselben zu der zu haltenden Versammlung eingeladen werden; wenigstens zwei Drittheile müssen erscheinen, und was dann die Mehrheit der Erschienenen beschließt, das verbindet Alle. Diese Bestimmungen pflegt man heutiges Tages auf **Universitates** überhaupt anzuwenden. Aus dem Bisherigen ergibt sich, daß **Universitates** in Bezug auf Willenserklärungen allerdings für handlungsfähig gelten. Anderer Handlungen ist eine **Universitas** unfähig, d. h. sie selbst kann andere Handlungen nicht vornehmen; wohl aber kann sie es durch Stellvertreter [7]).

II. Verhältniß der Universitas zu den einzelnen Mitgliedern.

Die einzelnen Mitglieder sind schuldig, sich den durch den Zweck der Gesellschaft gebotenen **munera** zu unterziehen. Der allgemeine Begriff aber von **munus** ist dieser: Jede Leistung, zu welcher der Einzelne als Mitglied eines Gemeinwesens zur Förderung des gemeinsamen Zwecks verbunden ist [8]). Dabei kann es ankommen auf bloß persönliche Leistungen, oder bloß darauf, daß man etwas von seinem Vermögen aufopfere, also Geld oder Geldeswerth hergebe. Hierauf beruhet die Eintheilung in **personalia munera**, **patrimoniorum munera** und **mixta**

5) L. 160. §. 1. d. R. J. »Refertur ad universos, quod publice fit per majorem partem.« Vgl. L. 19. D. ad municipal. L, 1.

6) L. 2. L. 3. D. d. decretis ab ordine faciendis. L, 9.

7) Hieher gehört auch die von den Criminalisten vielfach erörterte Frage: kann eine Universitas ein Verbrechen begehen? Verneint wird diese Frage schlechthin von Henke, Criminalr. I, 383. folg.; bejahet wird sie von Meister, principia jur. crim. §. 34., Bauer, Lehrb. des Strafr. §. 38., Tittmann, Strafrechtsw. §. 130.; doch sind auch sie über die Voraussetzungen nicht einig.

8) L. 239. §. 3. D. d. V. S.

Digitized by Google

munera [9]). Für solche Leistungen, welche in der Verwaltung der gemeinen Angelegenheiten bestehen und mit einem gewissen Ansehn, mit einer **dignitas** verbunden sind, wird der Ausdruck **honor** gebraucht [10]).

Also die einzelnen Mitglieder haben Lasten zu tragen. Auf der andern Seite haben sie nun aber auch Anspruch auf Theilnahme an den Vortheilen, welche die gesellschaftliche Verbindung gewährt. Dahin gehört denn namentlich die Benutzung der **res universitatis** im engeren Sinne.

III. Verhältniß der Universitas zu Vorstehern und Geschäftsführern.

Die Angelegenheiten einer **Universitas** können von einzelnen Personen geleitet werden, denen zu diesem Behuf eine gewisse Gewalt beigelegt ist, dergestalt, daß sie in Bezug auf die **Universitas** den Charakter obrigkeitlicher Personen an sich tragen. Diese sind es, welche man Vorsteher nennt. Bei den Römern führten in vielen Städten diese Vorsteher den Namen **Magistratus**, gleich den für den Staatsdienst angeordneten obrigkeitlichen Personen. Also, eine **Universitas** kann Vorsteher haben. Nothwendig ist dies jedoch nicht. Und hierauf beruht denn nun der Unterschied, welchen die Neuern machen zwischen **Universitates ordinatae** und **inordinatae**. Eine **Universitas ordinata** ist eine solche, welche Vorsteher hat.

Außer den Vorstehern kommen auch bloße Geschäftsführer vor, die zu der **Universitas** in demselben Verhältnisse stehen, wie zu einzelnen physischen Personen die von diesen bestellten Procuratoren. In die Reihe dieser Geschäftsführer gehören namentlich die **Actores** oder **Syndici**, wie sie ebenfalls genannt werden, d. h. diejenigen, welche von der **Universitas** zum Behuf der Proceßführung bestellt sind. Selbst kann eine **Universitas** einen Proceß nicht führen, sie sei Klägerin oder Beklagte, immer bedarf sie eines Stellvertreters; dieser ist eben der **Syndicus** [11]), dessen Vollmacht man Syndicat zu nennen pflegt.

9) L. 18. D. d. munerib. L, 4.
10) L. 14. pr. D. eod.
11) Siehe Note 1.

Digitized by Google

Ist der Syndicus für einen einzelnen Rechtsstreit bestellt, so heißt er bei den Neuern **Syndicus temporarius**, ist er ein für allemal zur Führung aller die **Universitas** betreffenden Processe bevollmächtigt, so nennt man ihn **Syndicus perpetuus**. Die Wahl eines Syndicus erfordert einen von der Gemeinheit zu fassenden Beschluß, und dieser erfordert, gleich andern Gemeindebeschlüssen, die Anwesenheit von wenigstens zwei Drittheilen der Gemeindemitglieder [12]).

Ich will jetzt eine Reihe von Grundsätzen folgen lassen, welche auf Vorsteher und Geschäftsführer eine gemeinsame Beziehung haben.

1. Was Vorsteher und Geschäftsführer einer **Universitas** innerhalb der Grenzen ihres Amtes oder ihres Auftrages vornehmen, das ist gültig und rechtsbeständig: die **Universitas** muß es anerkennen. Daher können denn Vorsteher und Geschäftsführer durch ihre Handlungen der **Universitas** nicht bloß Rechte erwerben, sondern auch Verbindlichkeiten auflegen. In besonderer Beziehung auf Anleihen findet sich folgende Bestimmung [13]): Eine Stadtgemeinde wird durch ein Darlehn, welches Andere für sie aufgenommen haben, nur dann verpflichtet, wenn der Betrag in den Nutzen der Stadt verwendet ist. Diese Bestimmung ist indessen doch nur in dem Fall anwendbar, wenn die Aufnehmer des Darlehns weder durch ihr Amt, noch auch durch besondere Vollmacht zur Aufnahme des Darlehns eigens ermächtigt waren.

2. Vorsteher und Geschäftsführer sind verbunden, der **Universitas** Rechenschaft abzulegen.

3. Haben sie der **Universitas** Schaden zugezogen, so sind sie zum Ersatz verpflichtet, auch wenn sie nur der Vorwurf einer **levis culpa** trifft [14]). Sind sie frei von aller Schuld, so haften sie nicht; daher können sie denn auch wegen der Fehler ihrer Vorgänger oder Nachfolger nicht in Anspruch genommen werden [15]). Sind dieselben Geschäfte Mehren übertragen, so haften Alle, welchen irgend eine Verschuldung beigemessen werden kann, in

12) **L. 2. bis L. 4. D. h. t.**
13) **L. 27. D. d. reb. cred. XII, 1.**
14) **L. 6. D. d. administrat. rer. ad civitat. pertin. L, 8.**
15) **L. 23. C. d. decurionib. X, 31. L. 1. C. quo quisque ordine conveniatur. XI, 35.**

Digitized by Google

solidum; der Schuldlose ist aber auch hier nicht verpflichtet [16]). Bei denjenigen, welche der Vorwurf der Schuld trifft, macht es übrigens noch einen Unterschied, ob einer das Geschäft, von welchem gerade die Rede ist, und woraus für die Universitas Nachtheil entstanden ist, unmittelbar selbst geführt, oder nur darin gefehlt hat, daß er sich nicht darum bekümmerte, seine Genossen nicht gehörig controllirte. Wo eine solche Ungleichheit der Schuld eintritt, da wird es bei Vorstehern so gehalten: Zunächst haftet der Universitas derjenige, welcher unmittelbar das Geschäft führte und dessen Erbe; hierauf folgen diejenigen, welche für ihn gut gesagt haben; und erst ganz zuletzt kommt die Reihe an diejenigen Collegen, welche durch bloße Unterlassung gefehlt haben [17]). So bei Vorstehern. Bei bloßen Geschäftsführern gilt ein Gleiches nur dann, wenn sie eigens dazu angewiesen sind, daß der Eine vorzugsweise diesen, der Andere vorzugsweise jenen Zweig des ihnen gemeinsam anvertraueten Geschäfts besorgen solle; außerdem ist es so: Zunächst haftet auch hier derjenige, welcher durch seine unmittelbare Thätigkeit die Universitas in Schaden versetzt hat, oder dessen Erbe; dann aber kommt die Reihe sogleich an die minder schuldigen Collegen, und erst, wenn die Universitas auch von diesen oder deren Erben ihre Befriedigung nicht erhalten kann, erst dann mag sie sich an diejenigen Personen halten, welche für den vornämlich Schuldigen als Bürgen verpflichtet sind [18]).

IV. Vorrechte der Universitates.

Vorrechte, welche gleichmäßig aller und jeder Universitas zuständen, gibt es, inwieweit wir bei den gesetzlichen Bestimmungen stehen bleiben, nicht. Die Praxis indeß dehnt das ge-

16) L. 13. D. ad municipal. L, 1. L. 9. §. 8. D. d. administrat. rer. ad civit. pertin. L, 8. »Item rescripserunt, curatorem etiam nomine collegae teneri, si intervenire et prohibere eum potuit.« — L. 4. i. f. C. quo quisqu. ord. XI, 35.

17) L. 11. D. ad municipal. L, 1. »— — — rescripsit, magistratuum officium individuum, at periculum esse commune. Quod sic intelligi oportet, ut ita demum collegae periculum adscribatur, si neque ab ipso, qui gessit, neque ab his, qui pro eo intervenerunt res servari possit, et solvendo non fuerit, honore deposito; — —.« L. 12. L. 13. D. eod. — cit. L. 4. C. quo quisque ord.

18) L. 1. L. 2. C. eod.

Digitized by Google

ſetzliche Vorrecht der Städte, demzufolge dieſe hinſichtlich der **Integri restitutio** den Minderjährigen gleichgeſtellt ſind, auf alle **Universitates** aus. (vgl. §. 188.). Außer dem eben erwähnten haben die Städte noch gar manche andere geſetzliche Vorrechte. Dahin gehört das **Privilegium exigendi**; desgleichen dieſes, daß ſelbſt bloße Pollicitationen, alſo bloße einſeitige Verheißungen, wenn ſie zu Gunſten einer Stadtgemeinheit erfolgen, dieſer das Recht geben, auf Erfüllung zu klagen. Dieſes und Anderes mehr wird noch in der Folge vorkommen. Dagegen wird ſich keine Gelegenheit finden, auf das eigenthümliche Privilegium zurückzukommen, welches den Städten in einer Conſtitution Conſtantins [19]) vom Jahre 314 ertheilt wird. Nämlich, wenn eine Stadt an Jemand ein Gelddarlehn gegeben hat und der Schuldner inſolvent iſt; ſo ſoll die Stadt alle diejenigen in Anſpruch nehmen dürfen, welche von dem Vermögen, welches der Schuldner zur Zeit des contrahirten Darlehns beſaß, etwas in Händen haben. Jeder Einzelne ſoll der Stadt nach dem Verhältniſſe haften, in welchem der Werth desjenigen, was er beſitzt, zu dem damaligen Geſammtvermögen des Schuldners ſteht. Manche haben dies Recht aus dem Geſichtspunkte eines ſtillſchweigenden Pfandrechts aufgefaßt; das aber iſt unrichtig, es iſt ein Recht ganz eigenthümlicher Art. Soviel für jetzt von den Vorrechten der Städte. Die übrigen Vorrechte derſelben werden wir in der Folge kennen lernen. Auch manche andere **Universitates** haben eigenthümliche geſetzliche Vorrechte. Dahin gehört das Recht der Inteſtaterbfolge, welches gewiſſen Corporationen hinſichtlich ſolcher Perſonen zuſteht, welche bei ihrem Leben zu ihnen gehörten und bei ihrem Tode keinen andern Erben hinterließen.

Zum Beſchluß muß ich nun noch zu allem Uebrigen, was ich in dieſem Paragraphen vorgetragen habe, die Bemerkung hinzufügen, daß heutiges Tages der Staat über **Universitates** überhaupt, insbeſondere aber über Stadtgemeinheiten eine beſondere Aufſicht, eine Art von Vormundſchaft zu führen pflegt, in Folge

19) L. 2. C. d. debitorib. civitat. XI, 32.

Digitized by Google

deren er bei der Verwaltung des gemeinen Vermögens auf mehr als Eine Weise concurrirt.

§. 65.

γ. Aufhebung.

Eine Universitas kann aufhören:

1. durch gänzliches Wegfallen aller Mitglieder — ich sage aller, denn obschon die Entstehung einer Universitas ein Zusammentreten von wenigstens drei physischen Personen erfordert, so kann doch eine einmal vorhandene Universitas auch in Einer einzigen physischen Person fortbestehen [1]). Sind nun aber gar keine Mitglieder weiter da, so erlischt die Universitas. Das Vermögen derselben fällt alsdann an den Fiscus, nach der Analogie desjenigen, was bei bona vacantia physischer Personen Rechtens ist.

2. Kann eine Universitas durch eine Verfügung der Staatsgewalt aufgehoben werden. Sie kann aber auch

3. aufhören durch freiwilliges Auseinandertreten der Mitglieder.

In den beiden zuletzt erwähnten Fällen sind in der Regel die Mitglieder befugt, das Vermögen der Universitas unter sich zu theilen [2]).

§. 66.

b. Von dem Fiscus.

† DIG. XLIX, 14. † COD. X, 1. De jure fisci.

DIG. XXXIX, 4. De publicanis et vectigalibus et commissis. XLVIII, 20. De bonis damnatorum. XLVIII, 21. De bonis eorum, qui ante sententiam vel mortem sibi consciverunt, vel accusatorem corruperunt. — COD. IV, 15. Quando fiscus vel privatus debitoris sui debitores convenire possit vel debeat. IV, 61. De vectigalibus et commissis. VII, 37. De quadriennii praescriptione. VII, 73. De privilegio fisci. IX, 49. De bonis proscriptorum seu damnatorum. IX, 50. De bonis eo-

1) L. 7. §. 2. D. h. t.

2) Daß sie dazu namentlich auch in dem zweiten Falle befugt sind, ergibt sich aus L. 3. pr. D. d. colleg. et corporib. XLVII, 22.

Digitized by Google

rum, qui mortem sibi consciverunt. X, 2. De conveniendis fisci debitoribus bis X, 10. De bonis vacantibus, et de incorporatione. X, 22. De apochis publicis etc.

In früherer Zeit gebrauchten die Römer den Ausdruck »Fiscus« nur in Beziehung auf einen Theil des Staatsvermögens; nach dem späteren Sprachgebrauch aber wird darunter das gesammte Staatsvermögen verstanden. Verschieden von diesem ist das Privatvermögen des Regenten, nicht nur dem Begriff, sondern auch der Bezeichnung nach: die Römer brauchen dafür die Ausdrücke: »Res privata Principis«, »Res dominica«, »Res divinae domus«, »Fundi patrimoniales.« Was übrigens das Staatsvermögen betrifft, so bedarf es begreiflicher Weise zur Verwaltung desselben mehrfacher Behörden. Hierauf bezog sich der Ausdruck Stationes fiscales. So nämlich werden die einzelnen untergeordneten Behörden benannt, deren jede nur eben mit gewissen Geschäften beauftragt ist.

Soviel nun aber das Rechtsverhältniß des Fiscus anbelangt, so ist die Regel diese: der Fiscus ist nach den gewöhnlichen Vorschriften des Rechts zu beurtheilen. Die Regel leidet indessen gar manche Ausnahmen durch einzelne dem Fiscus eingeräumte Vorrechte [1]). Inwieweit diese Privilegien in das Gebiet des Privatrechts einschlagen, werden wir in der Folge im Einzelnen kennen lernen. Uebrigens ist es bemerkenswerth, daß wir neben der Erwähnung der dem Fiscus zustehenden Vorrechte in unsern Quellen folgende Maxime aufgestellt finden: im Zweifel ist gegen den Fiscus zu sprechen [2]).

Ich habe vorhin bemerkt, daß das Privatvermögen des Regenten verschieden sei von dem Fiscus. In einer Beziehung zeigt sich indessen eine wesentliche Uebereinstimmung; nämlich die Privilegien des Fiscus kommen auch dem Regenten und dessen Gemahlin in Hinsicht ihres Privatvermögens zu Statten [3]).

1) Auf diese beziehen sich die oben angeführten Titel der Pandekten und des Coder.

2) L. 10. h. t. »Non puto delinquere eum, qui in dubiis quaestionibus contra fiscum facile responderit.«

3) L. 6. §. 1. D. eod.

Digitized by Google

§. 67.

c. Von den Stiftungen.

COD. I, 2. De sacrosanctis ecclesiis, et de rebus et privilegiis earum. I, 3. De episcopis et clericis, et orphanotrophis, et xenodochis, et brephotrophis, et ascetriis, et monachis, et privilegiis eorum etc.

Eine besonders wichtige Classe von Stiftungen bilden die frommen Stiftungen, pia corpora, piae causae. Auf diese will ich mich daher hier beschränken.

Der Begriff der piae causae ist eigentlich erst in der christlichen Zeit entstanden. Man versteht nämlich unter frommen Stiftungen alle diejenigen, welche in irgend einem Zusammenhange mit der christlichen Kirchengemeinschaft stehen. In unsern Quellen kommt in Beziehung darauf häufig der Ausdruck vor: »Venerabiles loci,« »venerabiles domus.« Zunächst nun sind dahin zu rechnen Kirchen und Klöster. Ich sage Kirchen. Man darf nämlich nicht mit einander verwechseln Kirche, inwieweit darunter ein Gebäude zu religiösen Zwecken verstanden wird, und Kirche in dem Sinne von kirchlicher Gemeinheit. Wer eine Kirche bauet oder dotirt, indem er für die Erhaltung derselben, oder für die Besoldung der dabei angestellten Personen etwas hergibt, der macht eine Stiftung zum Besten einer kirchlichen Gemeinheit. Ferner sind nun aber zu den frommen Stiftungen zu rechnen diejenigen, welche die Unterstützung kranker oder anderer hülfsbedürftiger Personen bezwecken, wie Hospitäler, Armenhäuser, Waisenhäuser; desgleichen Unterrichtsanstalten; denn in früherer Zeit waren alle dergleichen Stiftungen der besondern Aufsicht und Einwirkung der Kirchenobern unterworfen; sie bilden eine Unterart der frommen Stiftungen, welche man mit dem besondern Ausdruck milde Stiftungen zu bezeichnen pflegt, wiewohl hier der Sprachgebrauch nicht ganz constant ist, indem gelegentlich die Ausdrücke „milde Stiftungen“ und „fromme Stiftungen“ auch synonym gebraucht werden.

Zwei Punkte bedürfen noch einer besondern Erwähnung: erstens: die Entstehung einer frommen Stiftung; zweitens:

Digitized by Google

die besondere Fürsorge der Gesetzgebung für fromme Stiftungen.

Was die Entstehung betrifft, so ist man darüber allerdings einig, daß nur Anerkennung von Seiten des Staates einer frommen Stiftung juristische Persönlichkeit geben könne. Die Frage aber, ob es in jedem einzelnen Falle einer besondern Bestätigung und Anerkennung bedürfe, wird von Verschiedenen verschieden beantwortet. Manche Rechtsgelehrte sind der Meinung, das Römische Recht lege der frommen Stiftung überhaupt [1]), oder doch wenigstens gewissen Arten derselben [2]) im Allgemeinen juristische Persönlichkeit bei; die neu entstehenden wären daher schon im Voraus anerkannt, und bedürften eben deshalb keiner speciellen Anerkennung. Sie berufen sich dabei vornämlich auf die unten [3]) angeführten Stellen. Diese beziehen sich auf solche letztwillige Dispositionen, wodurch, ohne alle nähere Bestimmung, die Armen bedacht, oder etwas zur Loskaufung von Gefangenen ausgesetzt wird. Und da bestimmen sie nun, welchen Armenhäusern, oder welchen einzelnen Armen eine Verfügung der zuerst bezeichneten Art zu Statten kommen soll; ferner machen sie bei beiderlei Arten von Dispositionen dem Bischofe des Orts eine gewisse Concurrenz bei Ausführung derselben zur Pflicht. Aber von eigenen Stiftungen, welche durch dergleichen letztwillige Dispositionen begründet würden und denen ohne Weiteres juristische Persönlichkeit zukäme, sagen diese Stellen kein Wort; sonach beweisen sie das, wofür sie angeführt werden, keineswegs. Außerdem beruft man sich auch auf eine Stelle des Codex [4]). Diese ist indessen von ähnlichem Inhalte, wie die eben erwähnten Stellen, und überdieß würde sie, was sie auch immer enthalten möchte, doch für unser heutiges gemeines Recht ohne alle Bedeutung sein, da sie nicht glossirt ist, sondern eine s. g. **Lex restituta**. Deswegen ist also die Meinung, daß es einer besondern Bestätigung nicht bedürfe, in den Gesetzen nicht gegründet. Soviel über die Entstehung frommer Stiftungen.

1) So Schweppe, Röm. Privatr. §. 83 *a*.

2) So Wening, gem. Civilr. B. I. §. 106.

3) L. 21. L. 28. L. 49. C. d. episcop. et cleric. I, 3. Nov. 131. c. 11.

4) L. 46. C. eod.

Digitized by Google

Ich komme nun zweitens zu der besondern Fürsorge, welche die Gesetze für fromme Stiftungen tragen. Dahin gehören zunächst gewisse ihnen eingeräumte Vorrechte. Sie sind begünstigt in Bezug auf die Verjährung; sie haben in Bezug auf die **Integri restitutio** die Rechte der Minderjährigen. Auf diese und ähnliche Vorrechte werde ich in der Folge zurückkommen. Hier mag nur noch einiger Vorrechte frommer Stiftungen in Beziehung auf den Erwerb von Todeswegen Erwähnung geschehen. Das Wichtigste ist dieses:

1. Letztwillige Dispositionen zum Behuf einer **pia causa** sind in Bezug auf die Form der Errichtung begünstigt [5]).

2. Bei **Legatis ad pias causas** fällt, sobald der Erbe mit Entrichtung derselben zögert, die **Lex Falcidia** weg [6]).

3. Wenn Jemand mit einem Vermächtnisse zu Gunsten einer Kirche oder milden Stiftung belastet ist, und es deshalb zur Klage kommen läßt; so kann von ihm der doppelte Betrag gefordert werden [7]).

4. Wenn ein Geistlicher ohne anderweitige Erben stirbt, so hat die Kirche, bei der er angestellt war, ein subsidiäres Recht der Intestaterbfolge [8]).

Soviel über diese Vorrechte: das Nähere gleichfalls unten. Ferner gehört nun aber unter die Kategorie der besondern gesetzlichen Fürsorge auch dieses: der Staat wacht darüber, daß das Vermögen der Kirchen und anderer frommen Stiftungen zusammengehalten werde, und deshalb ist die Veräußerung der dazu gehörigen Sachen gewissen Beschränkungen unterworfen [9]). Das Detail ist nicht dieses Orts.

5) c. 11. X. d. testam. III, 26.
6) Nov. 131. c. 12.
7) §. 26. I. d. actionib. IV, 6.
8) Nov. 131. c. 13.
9) Nov. 120. De alienatione et emphyteusi rerum ecclesiasticarum.

Digitized by Google

Erstes Buch.
Allgemeine Lehren.

Drittes Kapitel.
Von den Sachen.

§. 68.

I. Von den Sachen überhaupt und von der Eintheilung derselben in körperliche und unkörperliche insbesondere.

† INST. II, 2. De rebus incorporalibus.

Die Sachen interessiren uns auf dem Gebiete der Rechtswissenschaft vornämlich insofern, als sie Objecte von Rechten sind, entweder unmittelbar, wie dies bei den dinglichen Rechten der Fall ist, oder mittelbar, was so häufig bei obligatorischen Rechten vorkommt, insofern diese auf die Leistung von Sachen gerichtet sind.

Der Begriff einer Sache aber ist so zu bestimmen: Sache ist jeder in die Sinne fallende Gegenstand, welcher sich in der Anschauung als selbstständig darstellt, und doch keine Person ist. — Hienach gehört nur das Körperliche unter den Begriff einer Sache, und auch dieses nur, inwiefern es sich in der Anschauung als etwas Selbstständiges darstellt: daher sind bloße Eigenschaften körperlicher Gegenstände keine Sachen; ebensowenig

können Handlungen der Menschen dahin gezählt werden, wenn sie schon äußerlich in die Sinne fallende Handlungen sind: — denn eine Handlung ist nichts Selbstständiges, sie ist nur eine bestimmte Aeußerung von etwas Anderem, welches selbstständig ist, der handelnden Person.

Es wäre zu wünschen, daß man bei dem hier gegebenen Begriffe einer Sache stehen geblieben wäre. Aber wir finden, daß in unseren Quellen der Begriff weiter gefaßt worden ist, indem alles Selbstständige, was nicht Person ist, Sache genannt wird. So geschah es, daß der Begriff „Sache" eine Beziehung auf dasjenige erhielt, was außer dem Gebiete sinnlicher Wahrnehmung liegt: und hierauf eben beruhet die Eintheilung der Sachen in res corporales und res incorporales [1]). „Körperliche Sachen" sind diejenigen, welche wir vorhin Sachen schlechthin genannt haben, „unkörperliche" aber diejenigen, welche entweder gar nicht in die Sinne fallen, oder sich doch wenigstens in der Anschauung nicht als etwas Selbstständiges darstellen, sondern die ihnen zugeschriebene Selbstständigkeit nur in der Idee haben. Zu diesen unkörperlichen Sachen müssen namentlich auch Rechtsverhältnisse gezählt werden.

Dieser so weit gefaßte Begriff einer Sache hat zu mancherlei Mißverständnissen Anlaß gegeben, und deshalb eben wurde vorhin bemerkt, daß es besser gewesen sein würde, wenn man bei jenem zuerst aufgestellten beschränkten Begriffe stehen geblieben wäre. Hier wird in der Folge der Ausdruck „Sache" schlechthin nur in diesem beschränkteren Sinne gebraucht, und immer ausdrücklich bemerkt werden, wenn von unkörperlichen Sachen die Rede sein soll.

1) L. 1. §. 1. D. d. divis. rer. 1, 8. »Quaedam praeterea res corporales sunt, quaedam incorporales. Corporales sunt, quae tangi possunt, veluti fundus, homo, vestis, aurum, argentum et denique aliae res innumerabiles. Incorporales sunt, quae tangi non possunt, qualia sunt ea, quae in jure consistunt, sicut hereditas, ususfructus, obligationes quoquo modo contractae. — — eodem numero sunt et jura praediorum urbanorum et rusticorum, quae etiam servitutes vocantur.« Vgl. Tit. Inst. de rebus incorporalibus.

Digitized by Google

II. Von den übrigen Eintheilungen der Sachen *). (§. §. 69 - 82.)

A. Sachen im Verkehr — Sachen außer dem Verkehr.

† INST. II, 1. † DIG. I, 8. De divisione rerum et qualitate.

§. 69.

a. Von diesem Unterschiede im Allgemeinen.

Die meisten Sachen sind von der Art, daß sie Gegenstände des gewöhnlichen Verkehrs unter den Menschen sind, daß sie in dem Vermögen irgend eines Einzelnen stehen können, daß ein Einzelner daran ein ganz ausschließliches Recht haben kann: sie sind **in commercio**. Nun gibt es aber auch Sachen, bei denen dies nicht der Fall ist — **res, quarum commercium non est — quae commercio sunt exemptae — res extra commercium** [1]). — Es fragt sich, welche Sachen gehören dahin?

Bei der Beantwortung dieser Frage ist Rücksicht zu nehmen auf die anderweitige Eintheilung der Sachen in **res divini juris**, womit die Vorstellung einer religiösen Beziehung verbunden ist, und **res humani juris** [2]). Erstere, **die res divini juris**, gehören insgesammt zu den **res extra commercium** [3]) (§. 70.), von den **res humani juris** gehören aber nur einige in die Kategorie der dem Verkehr entzogenen Sachen [4]). Diese zerfallen wieder

*) Unter diesen sind gleich die meisten schon ihrem Begriffe nach durchaus juristischer Art, so daß die Angabe der rechtlichen Beziehungen sich von der Darstellung der Eintheilungen an und für sich gar nicht trennen läßt. Nicht so verhält es sich mit den andern Eintheilungen: sie beruhen auf factischen Verschiedenheiten, deren rechtliche Bedeutung aus dem bloßen Begriffe noch nicht hervorgeht. Bei diesen werde ich mich hier im Ganzen darauf beschränken, nur die Begriffe anzugeben: die rechtliche Bedeutung wird in der Folge erörtert werden zugleich mit den einzelnen Verhältnissen, bei welchen sie hervortritt.

1) Pr. I. h. t. »— — videamus de rebus, quae vel in nostro patrimonio sunt, vel extra nostrum patrimonium habentur; quaedam enim naturali jure communia sunt omnium, quaedam publica, quaedam universitatis, quaedam nullius, pleraque singulorum, quae variis ex causis cuique acquiruntur.«

2) L. 1. pr. D. h. t. »Summa rerum divisio in duos articulos deducitur, nam aliae sunt divini juris, aliae humani.«

3) §. 7. I. h. t. »Nullius autem sunt res sacrae et religiosae et sanctae: quod enim divini juris est, id nullius in bonis est.« Vgl. L. 1. pr. L. 6. §. 2. D. h. t.

4) L. 1. pr. i. f. D. h. t. »— — quod autem humani juris est, plerumque alicujus in bonis est.«

Digitized by Google

in zwei Hauptclassen: A. Es gibt Sachen, die deshalb hieher gehören, weil sie einer gewissen Gemeinschaft des Gebrauchs nicht entzogen werden können: ein Einzelner kann eben deshalb ein ausschließliches Recht daran entweder gar nicht haben, oder doch nicht in dem Umfange, in welchem dies sonst möglich ist. Es gehören aber zu diesen Sachen: 1. die **res omnium hominum communes**, die auch **res communes** schlechthin im engern Sinne des Worts genannt werden: sie sind ein Gegenstand der Gemeinschaft für alle Menschen überhaupt. Von ihnen handelt §. 71. 2. Diejenigen Sachen, welche **res publicae** im engsten Sinne des Worts genannt werden. Bei diesen ist das Recht der Gemeinschaft auf die Mitglieder eines einzelnen Staates beschränkt. (§. 72.) 3. Die **res universitatis** im engern Sinn, bestimmt für den gemeinen Gebrauch der einer einzelnen untergeordneten **universitas** angehörenden Personen. (§. 72.) B. Die zweite Hauptklasse der dem Verkehr entzogenen **res humani juris** bilden diejenigen, welche nach gesetzlichen Bestimmungen von Privatpersonen überall gar nicht besessen und benutzt werden dürfen, weder von Einzelnen ausschließlich, noch von Mehren in Gemeinschaft. Wir mögen sie verbotene Sachen nennen. Als Beispiel werden in unsern Quellen unter anderen verbotene Bücher genannt [5]).

b. Insbesondere.

§. 70.

α. Von den res divini juris.

Von diesen sagen die Römer: »**in nullius bonis sunt.**« Ganz eigentlich sind dahin zu rechnen die **res sacrae** und die **res religiosae**, uneigentlich auch die **res sanctae** [1]). Zuerst von jenen: das Gemeinsame ist dieses: nicht nur haben sie überhaupt eine religiöse Beziehung, sondern diese Beziehung ist bei ihnen zugleich das Vorherrschende, daher sie von dem bürgerli-

5) L. 4. §. 1. D. famil. hercisc. X, 2.

1) L. 1. pr. D. h. t. — »Divini juris sunt veluti res sacrae et religiosae. Sanctae quoque res, veluti muri et portae quodammodo divini juris sunt. Vgl. §. 69. Anm. 3.

Digitized by Google

chen Verkehr ganz und gar ausgeschlossen sind. Dies ist beiden Arten von Sachen gemeinsam. Rücksichtlich der eigenthümlichen Beschaffenheit jeder einzelnen ist dieses zu bemerken:

Res sacrae, geweihete Sachen, sind solche, welche unmittelbar zu gottesdienstlichem Gebrauch bestimmt sind, und denen diese Bestimmung unter öffentlicher Auctorität feierlich beigelegt ist [2]). Diese Sachen nun sind außer dem Verkehr, jedoch nicht in der Art, daß sie diesen Charakter schlechterdings nie verlieren könnten [3]). In gewissen Fällen soll die Veräußerung geweiheter beweglicher Sachen zu verstatten sein, nämlich zum Behuf der Loskaufung von Gefangenen [4]), desgleichen unter gewissen Voraussetzungen zum Behuf der Abtragung von Kirchenschulden [5]).

Dagegen unter einer **res religiosa**, unter einem **locus religiosus** [6]) verstehen die Römer jeden Ort, an welchem die Ueberreste eines Verstorbenen in der Absicht beigesetzt sind, daß sie dort bleiben sollen [7]), vorausgesetzt, daß der Beisetzende berechtigt war, dem Orte diese Bestimmung zu geben, eine Berechtigung, die in der Regel nur demjenigen zusteht, in dessen ausschließlichem und unbestrittenem Eigenthum der Ort sich befindet [8]). Aus dem Gesagten erhellet, daß nach Römischer Ansicht ein Ort zu einem **religiosus locus** privata auctoritate gemacht werden kann [9]). Hierin liegt ein wesentlicher Unterschied von den **rebus sacris**. Dagegen reicht dazu, einem **locus religiosus** die religiöse Eigenschaft zu nehmen, die **privata auctoritas** nicht hin: soll nämlich der Ort aufhören, ein **religiosus** zu sein, so müs-

2) L. 6. §. 3. D. h. t. »Sacrae autem res sunt hae, quae publice consecratae sunt, non private: si quis ergo privatim sacrum sibi constituerit, sacrum non est, sed profanum.« §. 8. I. eod.

3) L. 83. §. 5. init. D. d. V. O. XLV, 1. »— quamvis res sacra profana fieri — — potest.«

4) Vgl. §. 8. I. h. t. L. 21. C. d. sacros. ecclesiis. I, 2.

5) Nov. 120. c. 10. — Das Canonische Recht gestattet den Verkauf auch zur Unterstützung der Armen: c. 70. C. 12. qu. 2.

6) Von diesen handeln in unsern Quellen zwei besondere Titel: Dig. XI, 7. Cod. III, 44. d. religios. et sumt. funer. etc.

7) L. 40. D. d. religios.: daraus erklärt sich L. 10. C. eod. Vgl. Nov. 10.

8) L. 6. §. 4. D. h. t. §. 9. I. eod.

9) L. 6. §. 4. D. d. relig. »Religiosum autem locum unusquisque sua voluntate facit, dum mortuum infert in locum suum.«

Digitized by Google

sen die daselbst beigesetzten Ueberreste nach einem anderen Orte gebracht werden und dazu bedarf es der Erlaubniß des Regenten [10]). — Uebrigens, wenn schon der Ort selbst, welcher die Ueberreste eines Verstorbenen einschließt, außer dem Verkehr ist, so gilt doch nicht dasselbe von dem Rechte, an einer einmal vorhandenen Grabstätte noch mehre Todte beizusetzen [11]): daher ist denn auch in unsern Quellen öfters die Rede von sepulcris familiaribus und von sepulcris hereditariis [12]).

Der Grund übrigens, weshalb Grabstätten bei den Römern der vorchristlichen Zeit als res divini juris angesehen wurden, lag darin: sie waren den Diis Manibus geweihet. In der späteren, christlichen Zeit fiel diese Beziehung allerdings weg; dennoch aber behaupteten sich die Grabstätten in dem Besitze einer besonderen Heiligkeit. Und so gehören sie auch noch im Justinianischen Recht nicht nur überhaupt zu den dem Verkehr entzogenen Sachen, sondern insbesondere zu den res divini juris.

Soviel von den res sacrae und religiosae nach Römischem Recht.

Auch nach Canonischem Recht sind res sacrae und res religiosae von dem Verkehr ausgeschlossen: allein einen Ort zu einem locus religiosus zu machen, hängt nicht mehr von bloßer Privatwillkür ab, sondern res religiosae sind nur die Kirchhöfe, welche diesen Charakter erst durch Einsegnung oder Benediction erhalten. — Nach den Ansichten der Protestanten sind weder die unmittelbar zum gottesdienstlichen Gebrauch bestimmten Gegenstände, noch auch die Begräbnißplätze extra commercium [13]).

Alles Bisherige bezog sich auf diejenigen Sachen, welche nach Römischer Ansicht ganz eigentlich divini juris sind. Was nun die res sanctae betrifft, von welchen in unsern Quellen ge-

10) L. 14. C. d. relig. L. 44. §. 1. D. eod. Vgl. L. 1. C. eod. L. 39. D. eod.

11) L. 14. C. d. legat. VI, 37. »Monumenta quidem legari non posse, manifestum est, jus autem mortuum inferendi legare, nemo prohibetur.« Siehe Glück, II. S. 474. Not. 29.

12) S. L. 5. L. 6. pr. D. d. religios.

13) Ueber diese Verhältnisse ist zu vergleichen Eichhorns Kirchenrecht, Buch VII. Kap. I. 8. B. V. K. 3.; desgl. Walters Kirchenrecht. §. 264. Siehe auch Glück, II. §. §. 166-168.

Digitized by Google

ſagt wird, ſie ſeien nur quodammodo divini juris [14]), ſo verſtehen die Römer darunter ſolche Sachen, welche den Charakter der Unverletzlichkeit an ſich tragen, indem ſie gegen die Verletzung von Seiten der Menſchen auf eine eigenthümliche Weiſe ſicher geſtellt ſind, namentlich durch die geſetzliche Androhung einer Strafe, die den Verletzenden treffen ſoll. Dabei kann zugleich eine religiöſe Beziehung im Spiele ſein, aber es iſt das nichts dem Begriffe Weſentliches [15]). — Uebrigens iſt es zweifelhaft, ob die Römer alle res sanctae zu den res divini juris rechneten, oder nur diejenigen, bei welchen gerade eine religiöſe Beziehung vorkam. Im erſten Falle müßten wir ſagen: es war der bloße Begriff der Unverletzlichkeit, in welchem die Römer die Aehnlichkeit der res sanctae mit den res divini juris zu finden glaubten, indem die bürgerliche Unverletzlichkeit ihnen mit der aus religiöſer Vorſtellung hervorgehenden Heiligkeit verwandt ſchien. Im zweiten Falle wäre es die zwar nicht vorherrſchende, aber doch wenigſtens concurrirende religiöſe Beziehung geweſen, welche Veranlaſſung gegeben hätte, gewiſſe res sanctae den res divini juris beizuzählen. In einem, wie in dem andern Falle erklärt es ſich, warum die Römer die res sanctae als nur quodammodo divini juris bezeichnen. — Als Beiſpiele von res sanctae finden wir da, wo dieſe mit den übrigen res divini juris zuſammengeſtellt werden, nur die Mauern und die Thore der Städte angeführt: und dieſe waren allerdings in früherer Zeit nicht ohne religiöſe Beziehung [16]), obſchon ſie ihrer nächſten Beſtimmung nach unmittelbar den Zwecken der bürgerlichen Geſellſchaft angehörten.

Im Deutſchen Recht haben wir einen dem Begriff der res sanctae verwandten Begriff: dies iſt der Begriff der befriede-

14) §. 10. I. h. t. L. 1. pr. D. h. t.; ſiehe ob. Note 1.

15) L. 8. pr. D. h. t. »Sanctum est, quod ab injuria hominum defensum atque munitum est.« L. 9. §. 3. h. t. »Proprie dicimus sancta, quae neque sacra, neque profana sunt, sed sanctione quadam confirmata, ut leges sanctae sunt, quia sanctione quadam sunt subnixae. Quod enim sanctione quadam subnixum est, id sanctum est, etsi Deo non sit consecratum; et interdum in sanctionibus adjicitur, ut, qui ibi aliquid commisit, capite puniatur.«

16) Festus d. V. S. s. v. rituales. »— — — qua sanctitate muri, quo jure portae.« Vergl. Schrabers Anmerkungen zu §. 10. I. h. t.

Digitized by Google

ten Sachen, worunter man solche Sachen versteht, in Ansehung deren Gewaltthätigkeiten mit ganz besonderer Strenge geahndet werden [17]). Indessen liegt in dieser besonderen Befriedigung allerdings keine Ausschließung von dem gewöhnlichen Verkehr.

§. 71.

β. Von den Res communes.

Diese Sachen sind nach Römischer Ansicht außer allem Eigenthum, — ein Grundsatz, der, wie wir weiterhin sehen werden, nicht ohne alle Ausnahme ist, von welchem wir aber jedenfalls ausgehen müssen, — und eben deshalb steht nach Römischer Ansicht der Gebrauch derselben allen Menschen frei, zu welchem Volke sie auch gehören mögen. Die Römer rechnen dahin: die Luft, das fließende Wasser, das Meer und die Ufer des Meeres [1]). Im Einzelnen verdient Folgendes bemerkt zu werden:

1. Die Luft selbst darf nicht verwechselt werden mit dem Raume, den sie erfüllt. Dieser wird, wenn der Ausdruck erlaubt ist, von dem Eigenthum an dem Grund und Boden ergriffen, d. h. über den Raum, der über meinem Grund und Boden ist, darf Niemand verfügen, als ich.

2. Bei dem Meeresufer fragt es sich: wie weit reicht es? Diese Frage findet sich dahin beantwortet: es reicht so weit, als bei stürmischem Anschwellen des Meeres das Wasser steigt [2]). Noch ist rücksichtlich des Meeresufers insbesondere zu erwähnen, daß die Römer, ungeachtet sie dasselbe als außer allem Eigenthum darstellen, doch, inwieweit es sich an das Römische Gebiet anschließt, als der Römischen Hoheit unterworfen betrachten [3]).

3. Eine andere Frage ist, worin der gemeinsame Gebrauch des Meeres und seiner Ufer besteht. Zunächst in der Benutzung

17) Eichhorn, Deutsch. Privatr. §. 155.

1) L. 2. §. 1. D. h. t. §. 1. I. eod. »Et quidem naturali jure communia sunt omnium haec: aër, aqua profluens, et mare, et per hoc litora maris.«

2) §. 3. I. h. t. »Est autem litus maris, quatenus hibernus fluctus maximus excurrit. L. 96. 112. D. d. V. S.

3) Vgl. §. 5. I. h. t. u. L. 3. pr. D. ne quid in loco publ. XLIII, 8.; desgl. L. 50. D. d. A. R. D. XLI, 1.

Digitized by Google

für Schifffahrt und Fischerei [4]). Aber es steht einem Jeden auch frei, im Meere und an den Ufern des Meeres zu bauen, inwieweit dadurch weder der gemeine Gebrauch beeinträchtigt, noch auch irgend einem Einzelnen ein besonderer Nachtheil zugefügt wird [5]): und was Jemand so gebauet hat, das ist sein Eigenthum, keine res communis. Ja, was noch mehr ist, — und darin liegt eine Modification des gleich anfangs aufgestellten Grundsatzes, — es wird demjenigen, welcher gebauet hat, Eigenthum sogar an dem Grund und Boden beigelegt, auf welchem das Bauwerk steht; aber freilich ein bloß vorübergehendes Eigenthum, welches erlischt, sobald das Gebäude nicht mehr vorhanden ist [6]).

Diese Grundsätze des Römischen Rechts leiden heute, so viel das Meer und die Ufer desselben betrifft, manche Modificationen. Man betrachtet auch das Meer bis zu einer gewissen Entfernung vom Ufer als unterworfen der Hoheit des besonderen Volkes, zu dessen Gebiete die Ufer gehören, und da pflegen denn innerhalb der durch jene Entfernung bestimmten Grenze Fremde von der Fischerei ausgeschlossen zu werden, während die Schifffahrt Fremden, wie Einheimischen gestattet wird. Was aber die Ufer des Meeres betrifft, so pflegt man diese als Staatseigenthum anzusehen.

§. 72.

γ. Von den res publicae.

Der Ausdruck »res publicae« kommt in sehr verschiedenen Beziehungen vor, unter anderen in dieser, daß er das Verhältniß

4) §. §. 1. 5. I. h. t. L. 4. pr. L. 5. §. 1. h. t.

5) L. 2. §. 8.; L. 3. §. 1. L. 4. D. ne quid in loco publ. XLIII, 8. L. 1. §. 17. D. d. fluminib. XLIII, 12. Doch ist in L. 50. D. d. A. R. D. überdies auch noch von einem nachzusuchenden decretum Praetoris die Rede. Es bleibt jedoch zweifelhaft, ob die Erwirkung eines solchen Decretes als nothwendige Bedingung angesehen wurde, oder vielmehr nur als etwas Rathsames, um desto sicherer auf Schutz rechnen zu können: so Costa, Instit. p. 141. 142. Giphan. Commentar. in IV. Libros Instit. p. 102. Vgl. übrigens die Stellen in Anm. 3.

6) L. 14. D. d. A. R. D. XLI, 1. L. 30. §. ult. D. eod. — Ueber die Dauer dieses Eigenthums vgl. L. 14. §. 1. D. tit. cit. fr. 6. pr. D. h. t. » — — ut et soli domini constituantur, qui ibi aedificant, sed quamdiu aedificium manet: alioquin, aedificio dilapso, quasi jure postliminii revertitur locus in pristinam causam, et si alius in eodem loco aedificaverit, ejus fiet.«

Digitized by Google

gewiſſer Sachen zum Staate, zu einem ganzen Volke bezeichnet. So wird er namentlich gebraucht für ſolche Sachen, welche im Eigenthume des Staates, und zwar in der Art ſich befinden, daß ſie auch vom Staate als ſolchem, alſo vom Staate, als einem Ganzen benutzt werden. Die Neueren pflegen von Sachen dieſer Art zu ſagen: ſie bilden das **patrimonium populi**; Sachen dieſer Art ſind nicht außer dem Verkehr. — Andere Sachen werden nun aber um deswillen **res publicae** genannt, weil das Recht eines gewiſſen Gebrauchs allen einzelnen Angehörigen eines beſtimmten Staates, falls ſolchen zuſteht. Dieſem gemeinen Gebrauch dürfen Sachen dieſer Art nicht entzogen werden, und inſofern ſind ſie außer dem Verkehr. In unſeren Quellen werden ſie gelegentlich ſo bezeichnet: »**res, quae in publico usu habentur**« — »**res publico usui destinatae**« — »**res publicis usibus in perpetuum relictae**«: aber ſie werden nun auch vorzugsweiſe **res publicae** ſchlechthin genannt, und es iſt dies die engſte Bedeutung jenes Ausdrucks. Uebrigens wird bei dieſen Sachen durch die Beſtimmung für den gemeinen Gebrauch der Begriff des Eigenthums nicht ausgeſchloſſen: aber es iſt das Eigenthum daran ein durch jenes Gebrauchsrecht beſchränktes. Die meiſten Sachen dieſer Art ſind im Eigenthum des Staates, aber es gibt auch **res publicae**, welche im Privateigenthum ſein können.

Zuerſt von jenen im Eigenthum des Staats befindlichen **res publicae**; die Römer rechnen dahin: 1. jeden **locus publicus**, d. h. jeden im Staatseigenthum befindlichen Platz, welcher dem gemeinen Gebrauch beſtimmt iſt; eines ſolchen mag Jeder aus dem Volke ſich bedienen, jedoch nur innerhalb der Grenzen der eigenthümlichen Beſtimmung deſſelben, daher denn namentlich Niemand darauf bauen darf, wenn er nicht eine beſondere Berechtigung nachzuweiſen vermag [1]). 2. Daſſelbe gilt von den viae

1) **L. 2. pr. D. ne quid in loco publ. XLIII, 8.** »Ne quid in loco publico facias, inve eum locum immittas, qua ex re quid illi damnum detur, praeterquam quod lege, senatusconsulto, edicto, decretove Principum tibi concessum est, de eo, quod factum erit, interdictum dabo.« — §. 2. **L. 2. cit.** »Loca enim publica utique privatorum usibus deserviunt, jure scilicet civitatis, non quasi propria cujusque.« — Vgl. noch die §. §. 10. 15. 17. **ejusdem L. 2. cit.**

Digitized by Google

publicae, also von den Land- und Heerstraßen [2]). 3. Ferner gehören hieher die portus, die Häfen, wobei der gemeine Gebrauch in der Benutzung für Schifffahrt und Fischerei besteht [3]). 4. Die flumina publica [3]), deren Begriff sich dadurch bestimmt, daß sie flumina perennia sein müssen [4]). Der gemeine Gebrauch bezieht sich bei ihnen auf Schifffahrt und Fischerei [5]), allein ist nicht darauf beschränkt, da man in einem öffentlichen Flusse sogar bauen darf, sobald nur die Schifffahrt nicht dadurch beeinträchtigt wird [6]). 5. Auch die dem Staate gehörigen Kanäle und Seen sind in Bezug auf die Schifffahrt Gegenstand des gemeinen Gebrauchs [7]). Soviel von den im Eigenthum des Staates befindlichen res publicae.

Eben dahin werden aber auch gerechnet die Ufer der Flüsse, die ripae fluminum, und diese können sehr füglich im Privateigenthume stehen. Sie gehören nämlich denjenigen, in deren Eigenthume sich die an den Fluß angrenzenden Grundstücke befinden [8]). Der Umfang des Flußufers wird in unsern Quellen so bestimmt: von der Landseite fängt das Ufer da an, wo das Land sich gegen den Fluß zu neigen beginnt; nach der Flußseite hin bestimmt die Grenze der gewöhnliche, regelmäßige Wasserstand [9]).

2) L. 2. §. §. 21-23. D. ne quid in loco publ. XLIII, 8. Eintheilung der Wege in viae publicae (quarum etiam solum publicum est), privatae (quarum solum alienum est, jus tantum eundi et agendi nobis competit), vicinales (quae in vicis sunt, vel quae ad vicos ducunt). Das Gebrauchsrecht an den öffentlichen Wegen war gleichfalls durch ein Interdict näher bestimmt. §. §. 20. 31. seq. L. 2. cit.

3) §. 2. I. L. 4. §. 1. D. h. t.

4) L. 1. §. 3. D. d. fluminib. XLIII, 12. — »Publicum flumen esse, Cassius definit, quod perenne sit.« §. 2. eod. — »Perenne est, quod semper fluit. — — Si tamen aliqua aestate exaruerit, quod alioquin perenne fluebat, non ideo minus perenne est.« Vom rivus unterscheidet sich das flumen durch die Größe oder durch die Meinung der Anwohner (existimatione circumcolentium); §. 1. L. 2. cit.

5) §. 2. I. h. t. L. un. pr. et §. 1. D. ut in flumine publico navigare liceat. XLIII, 14.

6) L. 21. pr. D. d. damn. inf. XXXIX, 2. »— — In his (flum. publ.) igitur publice licet cuilibet aedificare et destruere, dum tamen hoc sine incommodo cujusquam fiat.« — Vgl. L. 1. pr. D. de fluminibus, ne quid in flumine publico, ripave ejus fiat, quo pejus navigetur. XLIII, 12. (»quo statio iterve navigio deterior fiat.«)

7) L. un. pr. §. §. 3-6. D. ut in flum. publ. XLIII, 14.

8) §. 4. I. L. 5. pr. D. h. t. »Riparum usus publicus est jure gentium, sicut ipsius fluminis. — — Sed proprietas illorum est, quorum praediis haerent.«

9) L. 1. §. 5. L. 3. §. §. 1. 2. D. d. fluminib. XLIII, 12.

Digitized by Google

Der gemeine Gebrauch besteht in der Benutzung für die Bedürfnisse der Fischerei und der Schifffahrt [10]), desgleichen in der Benutzung zur Viehtränke [11]). Ein gemeinsames Recht zu bauen gibt es bei den Flußufern nicht [12]).

So viel von den Grundsätzen des Römischen Rechts in Beziehung auf **res publicae**. Die Modificationen, welche heutiges Tages in Hinsicht dieser Grundsätze eintreten, sind vornämlich folgende: 1. zuerst unterscheidet man überhaupt bei dem Gebrauch der **res publicae** nicht so streng zwischen Einheimischen und Fremden. Auch die Römer schlossen die Fremden zwar nicht schlechthin aus, aber sie achteten sie doch nicht für berechtigt dazu, während man heutiges Tages bei dem Gebrauch der **res publicae** zwischen Fremden und Einheimischen im Ganzen keinen Unterschied macht. 2. Die heutige Grenzbestimmung zwischen öffentlichen Gewässern und solchen, die es nicht sind, beruhet vornämlich darauf, ob das Gewässer schiffbar ist, oder nicht. Gewässer der letzteren Art können sehr füglich Gegenstände des Privateigenthums sein. Schiffbare Flüsse aber sind im Eigenthume des Staats, und tritt gleich bei ihnen im Ganzen allerdings die Regel ein, daß sie Gegenstände des gemeinen Gebrauchs sind, so pflegt dieser doch ein weit beschränkterer zu sein, als nach Römischem Recht, theils in Folge allgemeiner gesetzlicher Bestimmungen, wohin namentlich eigene Fischereiordnungen gehören, die jedoch wenigstens das Fischen mit der Angel Jedem zu gestatten pflegen, theils in Folge ausschließlicher Nutzungsrechte, welche Privatpersonen an schiffbaren Gewässern hergebracht haben [13]).

§. 73.

δ. Von den **res universitatis**.

Res universitatis im engern Sinn sind, wie oben (§. 69.) bereits angegeben worden, die für den gemeinen Gebrauch der ei-

10) §. 4. I. L. 5. pr. D. h. t. »— Itaque navem ad eas appellere, funes arboribus ibi natis religare, retia siccare et ex mari reducere, onus aliquid in his reponere, cuilibet liberum est.« Vgl. L. un. pr. D. ut in flum. publ. XLIII, 14.

11) L. un. §. 8. D. eod.

12) L. 15. D. d. A. R. D. XLI, 1.

13) Man vergleiche über diese Verhältnisse Eichhorns Deutsch. Privatr. §. §. 268 - 69.

Digitized by Google

ner einzelnen **Universitas** angehörenden Personen bestimmten Sachen. Das Eigenthum gebührt der **Universitas**, die Benutzung den einzelnen Gliedern derselben. Sie sind in Beziehung auf die **Universitas** dasjenige, was die **res publicae** in dem vorhin bezeichneten engeren Sinne für den Staat und die Angehörigen des Staats sind. Als Beispiele werden in unsern Quellen öffentliche Theater und Rennbahnen (**stadia**) angeführt [1]).

Auch heutiges Tages haben wir solche **res universitatis** im engeren Sinne: es gehören dahin gemeine Weideländereien, gemeine Holzung, gemeine Brauhäuser u. s. w., inwieweit der Gebrauch den einzelnen Gemeindegliedern, als solchen zusteht. Dieses Nutzungsrecht kann dem Einzelnen ohne seine Zustimmung weder durch eine Verfügung der Gemeindeobrigkeit, noch auch selbst durch einen Gemeindebeschluß genommen oder geschmälert werden [2]).

§. 74.

B. Unbewegliche — bewegliche Sachen.

Unbewegliche Sachen sind: die Oberfläche der Erde und Alles, was mit dieser durch Cohäsion zusammenhängt, so lange diese Verbindung dauert. Daher gehören denn auch Gebäude, welche bodenfest sind, zu den unbeweglichen Sachen. Andere Deutsche Ausdrücke sind: „*liegende Güter*," „*Grundstücke*." Die Römer bezeichnen dieselben mit dem Ausdrucke **res immobiles**, **res soli**, **praedia**. Alle übrigen Sachen werden begriffen unter dem Ausdruck „*bewegliche Sachen*," **res mobiles**. Selten nur bedienen sich die Römer in derselben allgemeinen Bedeutung des Ausdrucks **moventia** [1]).

Auf *unkörperliche* Sachen paßt an und für sich die Eintheilung in unbewegliche und bewegliche Sachen nicht. Daher

1) §. 6. I. L. 6. §. 1. D. h. t. »Universitatis sunt, non singulorum, veluti quae in civitatibus sunt theatra et stadia et similia, et si qua alia communia sunt civitatum.« Ueber das rechtliche Verhältniß der Mitglieder der Universitas rücksichtlich dieser Gegenstände vgl. oben §. 64.

2) Eichhorn, Deutsch. Privatr. §. 372.

1) Siehe L. 15. §. 2. D. d. re judic. XLII, 1. L. 93. D. d. V. S. (Für »si« ist zu lesen: »nisi.«)

werden denn auch in mehren Stellen unserer Rechtsbücher, in welchen von unbeweglichen und beweglichen Sachen die Rede ist, die unkörperlichen Sachen als etwas Drittes bezeichnet [2]). Bisweilen indessen ist man nun aber doch genöthigt, die Unterscheidung zwischen dem Beweglichen und Unbeweglichen auch auf unkörperliche Sachen, nämlich auf Rechte anzuwenden. So, wenn in irgend einer gesetzlichen oder auch in irgend einer Privat-Disposition bewegliches und unbewegliches Vermögen einander entgegengesetzt werden. Und da ist nun die Regel diese: Rechte, welche als Zubehörungen einer unbeweglichen Sache betrachtet werden, desgleichen solche dingliche Rechte, deren Gegenstand eine unbewegliche Sache ist, werden zu dem unbeweglichen Vermögen, alle übrigen Rechte aber zu dem beweglichen gerechnet.

Was nun zunächst die unbeweglichen Sachen betrifft, so wird bei Grundstücken unterschieden zwischen **praedia rustica** und **praedia urbana**, ländlichen und städtischen Grundstücken. Dieser Unterschied ist im Allgemeinen [3]) so zu bestimmen: **Rustica praedia** sind Grundstücke, welche **principaliter** für die Fruchtbenutzung bestimmt sind, dergestalt, daß die etwa darauf befindlichen Gebäude nur als Zubehörungen anzusehen sind. **Urbana praedia** dagegen sind alle überbaueten Grundstücke, inwieweit die Gebäude die Hauptsache ausmachen, und der von Gebäuden eingenommene Platz nur Zubehör ist. Selbst Gärten, welche zu Gebäuden gehören, werden nur als Bestandtheile eines **praedium urbanum** angesehen, wofern sie nicht etwa einen sehr bedeutenden Fruchtertrag abwerfen. Ob ein Grundstück in oder außer der Stadt liegt, das ist für die in Rede stehende Unterscheidung ohne Bedeutung. Die Lage kommt nur insofern in Betracht, als die Römer für ländliche Grundstücke in der Nähe der Stadt eine eigenthümliche Benennung haben: **praedia suburbana.**

2) So in cit. L. 15. §. 2. D. »— — Sic denique interloqui solent, si moventia non sint, ut soli quoque capiantur; nam a pignoribus soli initium faciendum non est. Quodsi nec quae soli sunt, sufficiant, vel nulla sint soli pignora, tunc pervenietur etiam ad jura. Exsequuntur itaque rem judicatam Praesides isto modo.« Vgl. L. un. §. 7. C. d. R. U. A. V, 13.

3) Nach L. 198. D. d. V. S., wo auch die Bestimmung rücksichtlich der Gärten sich findet. In letzterer Beziehung vgl. noch L. 91. §. 5. D. d. legat. III.

Digitized by Google

Die beweglichen Sachen sind entweder leblos oder lebendig. Der Ausdruck res mobiles wird gelegentlich nur eben für die leblosen gebraucht. Die lebendigen werden res animales, res se moventes, desgleichen moventia im engern Sinne genannt [4]).

In Bezug auf Thiere ist in juristischer Hinsicht wichtig der Unterschied zwischen wilden Thieren und Hausthieren. Wilde Thiere, fera animalia, bestiae sind solche, welche der Gattung nach nicht gezähmt sind, wodurch natürlich die Zähmung einzelner Individuen nicht ausgeschlossen wird [5]). Hausthiere sind die zu einer zahmen Gattung gehörigen. Ferner ist zu bemerken, daß vierfüßige Thiere, welche in die Classe der Hausthiere gehören, in unsern Quellen vorzugsweise quadrupedes genannt werden. Zug- und Lastthiere bezeichnen die Römer mit dem Ausdruck: jumentum [6]). Vierfüßige Hausthiere, welche heerdenweise geweidet werden, heißen pecudes oder auch pecora im engern Sinne des Worts [7]).

§. 75.

C. Fungible — nicht fungible Sachen.

Der Werth der meisten Sachen wird durch ihre individuelle Beschaffenheit bestimmt. Aber es gibt auch Sachen, welche nur der Gattung nach geschätzt zu werden pflegen, Sachen, bei denen es demjenigen, der sie etwa zu fordern berechtigt ist, gleich gilt, ob diese, oder jene Individuen ihm geleistet werden; genug, wenn nur die Sachen zu einer bestimmten Gattung ge-

4) cit. L. 93. D. d. V. S. »Moventium, item mobilium appellatione idem significamus, [si] nisi tamen apparet, defunctum animalia duntaxat, quae se ipsa moverent, moventia vocasse; quod verum est.« Vgl. die in Note 1. 2. citirten Stellen.

5) Die Neueren nennen diejenigen Thiere, welche der Gattung nach zahm sind, animalia mansueta; diejenigen hingegen, welche nur ihrer Individualität nach gezähmt sind, bezeichnen sie mit dem Ausdrucke: animalia mansuefacta. Römischer Sprachgebrauch ist das nicht. Die Römer brauchen den Ausdruck »mansuetus« auch von einzelnen gezähmten Individuen einer wilden Gattung. Siehe z. B. §. 15. I. h. t. und L. 5. §. 5. D. d. A. R. D. XLI, 1.

6) Boves werden eigentlich nicht zum jumentum gerechnet: sie gehören zu den armenta. Siehe Brisson. d. V. S. v. Jumentum. §. 2.

7) L. 65. §. 4. D. d. legat. III. L. 2. §. 2. D. ad leg. Aquil. IX, 2.

Digitized by Google

hören, wenn sie von einer bestimmten Güte sind, und in einer bestimmten Quantität geleistet werden, z. B. Geld, Getreide, Wein, Bücher, inwieweit von einer Mehrzahl von Exemplaren eines und desselben Werks die Rede ist. Sachen der zuletzt gedachten Art bezeichnen die Römer so: »res, quae in genere suo functionem recipiunt per solutionem, quam specie« — »res, quae pondere, numero, mensura consistunt [1])« — »res, quae communi specie continentur [2]).« Die Neueren nennen sie »res fungibiles,« „vertretbare Sachen": den Gegensatz bezeichnen sie durch »res non fungibiles,« „nicht vertretbare Sachen."

Dabei ist indessen zu bemerken, daß gelegentlich Sachen, welche der gemeinen Ansicht nach für res fungibiles gelten, für irgend einen Einzelnen einen eigenthümlichen durch ihre Individualität bestimmten Werth erhalten können, so z. B. Münzen für den Besitzer eines Münzcabinets.

Uebrigens gibt es fungible Sachen nur unter den beweglichen; die unbeweglichen sind insgesammt non fungibiles.

§. 76.

D. Verbrauchbare — nicht verbrauchbare Sachen.

Manche Sachen sind von der eigenthümlichen Beschaffenheit, daß, wenn sie ihrer besondern Bestimmung gemäß gebraucht werden, schon ein einmaliger Gebrauch die Folge hat, entweder daß sie physisch vernichtet werden, z. B. Lebensmittel, oder daß sie eine wesentliche Umwandlung erfahren, z. B. Wolle, oder daß sie wenigstens aufhören, in dem Eigenthume desjenigen zu sein, dem sie bis dahin gehörten, z. B. Geldstücke. Sachen dieser Art nennen wir verbrauchbare Sachen: die Römer bezeichneten dieselben auf folgende Weise: »res, quae usu (auch: ipso

1) L. 2. §. 1. D. d. reb. cred. XII, 1. »Mutui datio consistit in his rebus, quae pondere, numero, mensura consistunt, quoniam earum datione possumus in creditum ire, quae in genere suo functionem recipiunt per solutionem, quam specie: nam in ceteris rebus ideo in creditum ire non possumus, quia aliud pro alio invito creditori solvi non potest.«

2) L. 29. D. d. solut. XLVI, 3.

Digitized by Google

usu) consumuntur (auch: tolluntur) [1]) — res, quae in abusu [2]) consistunt (auch: quae sunt in abusu) [3]).

Nun gibt es aber auch Sachen, deren Beschaffenheit einen lange fortgesetzten Gebrauch zuläßt, ohne daß sie dadurch wesentlich verändert werden. Eben so wenig wird durch den Gebrauch das Eigenthum desjenigen, dem sie zugehören, aufgehoben. Dergleichen Sachen nennen wir unverbrauchbare Sachen; die Römer haben dafür keinen besonderen Ausdruck.

In der Mitte zwischen diesen beiden Extremen, der verbrauchbaren und der unverbrauchbaren Sachen, stehen diejenigen, welche durch einmaligen, ja selbst durch mehrmaligen Gebrauch nicht vernichtet werden, auch keine wesentliche Umwandlung erfahren, und ebensowenig in unserm Eigenthum zu sein aufhören, aber dennoch bei länger fortgesetztem Gebrauch bedeutend leiden. Sachen dieser Art scheinen die Römer im Sinne zu haben, wenn sie von Sachen sprechen, »quae usu minuuntur [4]).« Als Beispiel mögen Kleidungsstücke genannt werden [5]).

Noch ist Folgendes zu bemerken: 1. Verbrauchbare Sachen gibt es nur unter den beweglichen: insofern ist es daher richtig, wenn der hier behandelte Gegensatz bisweilen so dargestellt wird, als ob er sich nur auf bewegliche Sachen beziehe; sonst gehören die unbeweglichen Sachen insgesammt zu den unverbrauchbaren. 2. Es ist ein Irrthum, wenn Viele den Gegensatz zwischen verbrauchbaren und unverbrauchbaren Sachen mit dem zwischen fungiblen und nicht fungiblen für identisch nehmen: denn wenn schon die fungiblen Sachen meistens zugleich verbrauchbare Sachen sind, so ist dies doch nicht immer der Fall: man denke an gedruckte Exemplare eines und desselben Werks, u. s. w.

§. 77.

E. Theilbare — untheilbare Sachen.

Theilbare Sachen, res dividuae, sind solche, welche

1) Inscriptio tit. Dig. VII, 5. de usufructu earum rerum, quae usu consumuntur, vel minuuntur. L. 1. D. eod. §. 2. I. d. usufr. II, 4.

2) Abusus hier nicht »Mißbrauch«, sondern »Verbrauch.«

3) L. 5. §. §. 1. 2. D. tit. cit.

4) cit. Inscr. tit. Dig. VII, 5. cit. L. 1. D. eod.

5) Vgl. Vinnius ad §. 2. I. d. usufr. II, 4.

Digitized by Google

physisch, und zwar dergestalt getheilt werden können, daß die Theile dem Ganzen homogen bleiben, d. h. daß sie sich von dem Ganzen nur der Quantität, nicht auch der Qualität nach unterscheiden. Dahin gehört der Grund und Boden, aber auch viele bewegliche Sachen, nämlich alle leblosen Sachen, inwieweit dabei nicht auf die Form, sondern nur auf den Stoff gesehen wird: Metalle, Steine, Holz u. s. w.

Untheilbare Sachen dagegen, **res individuae**, sind diejenigen, welche eine Theilung der vorhin bezeichneten Art nicht zulassen: Dahin gehören die Thiere, aber auch alle leblosen Sachen, inwiefern es dabei gerade auf die Form ankommt, namentlich also alle Kunstwerke, z. B. eine Uhr.

Das Bisherige betraf die Sachen im eigentlichen Sinn, körperliche Sachen nämlich. Aber der Begriff der Theilbarkeit wird angewandt auch auf Rechtsverhältnisse (**res incorporales**); und dies bedarf ebenfalls einer Erklärung: Rechte sind theilbar, wenn der Gegenstand derselben eine (quantitative) Theilung gestattet. Nur fordert man nicht gerade, daß die Möglichkeit dieser Theilung eine physische sei; es reicht hin, wenn auch nur Theile gedacht werden können: daher kann das Recht ein theilbares sein, wenngleich die Sache, worauf es sich bezieht, eine untheilbare ist. So z. B. ist das Eigenthumsrecht an Thieren eben so gut ein theilbares Recht, wie das Eigenthumsrecht an Grundstücken. Auch wird die Theilbarkeit des Rechts durch die Untheilbarkeit der Sache keineswegs zu etwas Unpraktischem. Praktisch zeigt sich dieselbe in der Ausübung des Rechts, in der Verfügung darüber: denken wir uns z. B., daß in Beziehung auf Thiere unter mehren Personen eine Gemeinschaft des Eigenthums Statt findet, und daß die Eigenthümer diese Thiere vermiethen; hier wird das Miethgeld unter die Eigenthümer vertheilt werden; und zwar nach Maßgabe der ihnen an den Thieren zustehenden bloß gedachten Theile.

Wo nun aber der Gegenstand eines Rechts von der Art ist, daß er weder eine physische Theilung zuläßt, noch auch nur die Möglichkeit einer bloß gedachten, quantitativen Theilung gestattet, da wird das Recht ein untheilbares genannt. Von dieser

Digitized by Google

Art ist das Recht der Freiheit [1]): ebenso werden der Regel nach die Servituten als untheilbare Rechte angesehen. (Davon §. 289).

Was hier über theilbare und untheilbare Rechte gesagt worden ist, findet in ähnlicher Weise auf die Verbindlichkeiten Anwendung.

Noch ist Folgendes zu bemerken: die äußerlich vollzogene Theilung einer Sache nennt man eine reelle, die bloß gedachte eine ideelle Theilung. Diese letztere kann vorkommen nicht bloß in solchen Fällen, in welchen reelle Theilung unmöglich ist, sondern auch da, wo sie gar wohl möglich, aber nicht wirklich ausgeführt ist. In Gemäßheit des Gesagten wird denn nun auch bei den Theilen selbst unterschieden zwischen reellen und ideellen Theilen. Die Römer bezeichnen diesen Unterschied folgender Maßen: reelle Theile nennen sie »partes pro diviso,« »partes divisae,« ideelle Theile dagegen »partes pro indiviso,« »partes indivisae [2]).«

Bei beweglichen Sachen läßt sich eine reelle Theilung nicht anders bewerkstelligen, als durch Aufhebung des Zusammenhangs, bei unbeweglichen Sachen hingegen schon durch bloße Grenzlinien: daher findet sich denn auch in unsern Quellen in Bezug auf die reelle Theilung eines Grundstücks der Ausdruck: »certis regionibus fundum dividere«, d. h. eben durch Grenzlinien, welche man zieht, eine Theilung in dem Grundstücke bewirken [3]).

Rücksichtlich des Sprachgebrauchs unserer Quellen ist endlich noch zu bemerken, daß mitunter die Ausdrücke »individuus« und »indivisus« verwechselt werden, indem sowohl indivisus für etwas gebraucht wird, das sich nicht theilen läßt, als umgekehrt individuus für etwas, das nur nicht wirklich getheilt ist, obschon es sehr wohl getheilt werden kann [4]).

1) L. 30. D. d. liberal. causa. XL, 12.

2) L. 5. D. d. usufr. VII, 1. L. 7. pr. D. d. exc. rei jud. XLII, 2. L. 5. D. d. stipul. servor. XLV, 3. »Servus communis sic omnium est, non quasi singulorum totus, sed pro partibus indivisis, ut intellectu magis partes habeant, quam corpore. Et ideo, si quid acquirit, omnibus acquirit pro parte, qua dominium in eo habent.« —

3) L. 31. D. d. usu et usufr. etc. XXXIII, 2.

4) So wird in L. 17. D. d. servitut. VIII, 1. »indivisus« gebraucht für etwas, das sich nicht theilen läßt; umgekehrt wird in L. 32. §. 6. D. d. administr. et peric. tutor. XXVI, 7.

Digitized by Google

§. 78.

F. Einfache — zusammengesetzte Sachen.

Unter einfachen Sachen sind einzelne, mit einander nicht verbundene Sachen zu verstehen: **res singulae, res singulares.** Dagegen ist eine zusammengesetzte Sache eine solche, die aus der Verbindung mehrer einzelner hervorgeht. Der Römische Ausdruck dafür ist »**universitas.**« **Universitas** nämlich bezeichnet überhaupt den Inbegriff des Einzelnen zu einem Ganzen verbunden. Daher findet der Ausdruck Anwendung nicht nur für die Verbindung von Personen, in welcher Bedeutung derselbe schon früher vorgekommen ist, (§. §. 62—65.) sondern auch auf die Verbindung von Sachen: dies ist die Beziehung, in welcher er uns hier wichtig wird.

Die Verbindung mehrer Sachen zu einem Ganzen kann aber eine zwiefache sein: erstens eine materielle Verbindung mehrer körperlicher Sachen, wie dies z. B. bei einem Gebäude der Fall ist. Ein Ganzes dieser Art bezeichnen die Römer so: »**corpus, quod ex contingentibus, hoc est ex pluribus inter se cohaerentibus constat** [1].« Aber es wird dafür auch der Ausdruck **universitas** gebraucht, wie denn namentlich das Ganze eines Gebäudes im Gegensatz gegen die einzelnen Bestandtheile desselben **universitas aedificii** genannt wird [2].

Sodann kann eine solche Verbindung auch bloß durch den Begriff gegeben sein, und diese Art der Verbindung ist in juristischer Beziehung vornämlich wichtig. Im Deutschen nennen wir ein Ganzes, zu welchem das Einzelne nur eben durch den Begriff verbunden ist, ein Begriffs-Ganzes. Die Römer brauchen auch hier den Ausdruck **universitas.** Die Neueren

»individuus« gebraucht für etwas, das nur nicht wirklich getheilt ist, obschon es sich sehr wohl theilen läßt.

1) L. 30. pr. D. d. usurp. et usucap. XLI, 1. »— — Tria autem sunt genera corporum: unum, quod continetur uno spiritu, et graece ἡνωμένον vocatur, ut homo, tignum, lapis et similia; alterum quod ex contingentibus, hoc est ex pluribus inter se cohaerentibus constat, quod συνημμένον vocatur, ut aedificium, navis, armarium; tertium, quod ex distantibus constat, ut corpora plura non soluta, sed uni nomini subjecta, veluti populus, legio, grex.«

2) L. 7. §. 11. D. d. A. R. D. XLI, 1.

Digitized by Google

sagen »universitas rerum,« um den Unterschied von einer Universitas von Personen hervorzuheben; auch sagen sie »res universalis.«

Hier nun ist das Ganze immer etwas Unkörperliches. Das Einzelne aber kann sein entweder körperlich oder unkörperlich: ersteres ist der Fall, z. B. bei einer Heerde. Ein Begriffs-Ganzes dieser Art wird in den Quellen so bezeichnet: »corpus, quod ex distantibus constat [3]«: aber auch der Ausdruck universitas wird eben hiefür gebraucht [4]). Die Neueren nennen eine solche universitas: »universitas facti,« »universitas hominis.« — Die einzelnen verbunden gedachten Gegenstände können nun aber auch unkörperliche Sachen sein, nämlich Rechtsverhältnisse. Dahin gehört z. B. eine Erbschaftsmasse, ein Peculium u. s. w. [5]). Die Römer bedienen sich hier theils bloß des Ausdrucks universitas ohne weitern Zusatz, theils aber auch des Ausdrucks universitas bonorum; die Neueren sagen: »universitas juris.«

G. Hauptsachen — Nebensachen.

§. 79.

a. Von diesem Unterschiede im Allgemeinen.

Häufig stehen Sachen in dem Verhältnisse zu einander, daß die eine als die *Hauptsache* erscheint, die andere aber wegen der untergeordneten Beziehung zu dieser als *Nebensache* betrachtet wird. Die Hauptsache heißt »res principalis«: für die Nebensache gebrauchen die Neueren den Ausdruck »res accessoria.«

Unter diesen Nebensachen nun sind besonders wichtig: *Pertinenzen* — *Früchte* — *Verwendungen*. Von jeder dieser drei Arten wird in einem der folgenden Paragraphen besonders gehandelt werden.

3) Vgl. cit. L. 30. pr. D. d. usurp. et usucap. das tertium genus.

4) L. 70. §. 3. D. d. usufr. VII, 1. L. 20. §. 10. D. d. hered. petit. V, 3. »Non solum autem in hereditate hoc utimur senatusconsulto, sed et in peculio castrensi, vel alia universitate.« L. 1. §. 4. D. d. dot. praeleg. XXXIII, 4.

5) L. 1. pr. D. d. R. V. VI, 1.

Digitized by Google

b. Insbesondere.

§. 80.

a. Von den Pertinenzen.

† DIG. XIX, 1. De actionibus empti et venditi. XXXIII, 7. De instructo vel instrumento legato.

Pertinenzen sind Sachen, welche von außen her zu einer anderen hinzugekommen, und mit ihr dergestalt verbunden sind, daß derjenige, welcher diese anderen Sachen in Anspruch zu nehmen berechtigt ist, eben dadurch auch auf sie, die hinzugekommenen Sachen, ein Recht erhält. So namentlich bei Käufen: Wer die Hauptsache gekauft hat, kann verlangen, daß auch die Pertinenzen ihm überliefert werden. Der Römische Ausdruck für Pertinenzen ist »accessiones«: nur daß allerdings der Ausdruck nicht bloß für Pertinenzen gebraucht wird, in ähnlicher Weise wie der Deutsche Ausdruck „Zubehörungen" zwar zunächst die Pertinenzen bezeichnet, aber auch wohl die Früchte einer Sache begreift. Im Lateinischen sagen unsere Juristen »res pertinentes,« »pertinentiae.«

Es gibt unkörperliche Pertinenzen: darunter sind die mit einer Sache verbundenen Gerechtigkeiten zu verstehen [1]). Mehrentheils aber sind die Pertinenzen körperlicher Art. Als körperliche Pertinenzen eines anderen Grundstücks können sowohl andere ebenfalls unbewegliche, als solche Sachen vorkommen, die an und für sich zu den beweglichen gehören. Nämlich eine unbewegliche Sache kann vermöge der ihr von dem Eigenthümer beigelegten Bestimmung zu einem Pertinenzstück eines anderen Grundstückes werden [2]). Bewegliche Sachen aber können auf eine zweifache Weise den Charakter von Pertinenzstücken eines Grundstückes annehmen: a. zuerst nämlich ist eine Regel, daß alle an sich bewegliche Sachen, welche mit dem Grund und Boden unmittelbar oder

1) L. 47. D. d. C. E. XVIII, 1.

2) L. 31. L. 91. §. 5. D. d. legat. III. »Qui domum possidebat, hortum vicinum aedibus comparavit, ac postea domum legavit. Si hortum domus causa comparavit, ut amoeniorem domum ac salubriorem possideret, aditumque in eum per domum habuit, et aedium hortus additamentum fuit, domus legato continebitur.« Vgl. ob. §. 74. den Text zu Note 3.

Digitized by Google

mittelbar durch physische Cohärenz verbunden werden, nun als Pertinenz der unbeweglichen Sachen, mit welchen sie in Verbindung gebracht worden, anzusehen sind [3]). b. Zweitens kann aber eine bewegliche Sache ohne alle physische Cohärenz bloß dadurch zu einem Pertinenzstück einer unbeweglichen werden, daß sie zum beständigen Gebrauch für diese bestimmt ist, und dieser Bestimmung gemäß auch in der That verwandt wird: so Schlüssel bei einem Hause [4]). Soviel von Grundstücken.

Aber auch bewegliche Sachen unter einander können durch physische Cohärenz oder durch Bestimmung zu einander in ein solches Verhältniß gestellt werden, daß die eine zu einer Pertinenz der anderen wird [5]).

Alles Bisherige bezog sich auf die Begründung der Pertinenzqualität. Aber wie wohl begründet diese auch immer sein mag, so bleibt doch die Aufhebung derselben immer eine Sache der Privatwillkür: wenigstens nach Römischem Recht. Heutiges Tages ist es freilich zum Theil anders. Nämlich da beruhet nach Particularrechten die Pertinenzqualität einer Sache bisweilen unmittelbar auf gesetzlicher Bestimmung, und alsdann kann durch das Gesetz auch dies festgesetzt sein, daß gewisse Sachen als unzertrennliche Pertinenz einer anderen angesehen werden sollen [6]).

§. 81.

β. Von den Früchten.

† DIG. XXII, 1. De usuris et fructibus et causis et omnibus ac-

3) L. 17. pr. et §. 3. L. 38. §. 2. D. h. t. (In der letzten Stelle lief't zwischen den Worten »circumstructum« und »Ille« Haloander so: »an hae, ut juncta fixaque, aedium essent, an, ut ruta caesaque non essent aedium?« Diese Lesart verdient vor der Florentinischen »an hae aedium essent; an ut ruta, caesa, vincta fixaque, quae aedium non essent?« im Ganzen den Vorzug.) — L. 12. §. 23. D. d. instructo vel instrum. legat. XXXIII, 7.

4) L. 17. pr. et §. §. 5. 11. 7. D. h. t. »Labeo generaliter scribit, ea, quae perpetui usus causa in aedificiis sunt, aedificii esse; quae vero ad praesens, non esse aedificii; utputa fistulae temporis quidem causa positae, non sunt aedium, veruntamen si perpetuo fuerint positae aedium sunt.« Vgl. L. 242. § ult. D. d. V. S.

5) L. 19. §. 13. D. d. auro, argent. etc. XXXIV, 2. »— — semper enim cum quaerimus, quid cui cedat, illud spectamus, quid cujus rei ornandae causa adhibeatur, ut accessio cedat principali.« — — L. 66. D. d. legat. III.

6) Eichhorn, Deutsch. Privatr. §. 154.

cessionibus et mora. — COD. VII, 51. De fructibus et litium expensis.

Früchte sind Sachen, welche aus der Hauptsache hervorgegangen sind, dieser ihre Entstehung verdanken. Eigentlich nun bezieht sich der Begriff der Frucht nur auf solche Dinge, die physisch aus einer anderen Sache hervorgegangen, physisch in ihr erzeugt sind: so sind Pflanzen Früchte des Bodens, auf dem sie gewachsen; so sind die animalischen Erzeugnisse, Wolle, Milch u. s. w. Früchte der Thiere, von welchen sie gewonnen wurden, und ferner die Jungen der Thiere Früchte des Mutterthiers. Bei diesem eigentlichen Begriff nun wollen wir vor der Hand stehen bleiben.

So lange die Frucht mit der Hauptsache noch physisch zusammenhängt, so lange hat sie keine selbstständige Existenz, sie ist nur noch anzusehen als ein Theil des Ganzen, in dem sie erzeugt ist [1]). Ist sie aber von der Hauptsache gesondert, dann ist sie allerdings zu etwas Selbstständigem geworden, und der Ausdruck „Frucht" weis't jetzt nur noch auf ein früheres Verhältniß zurück. Früchte nun, welche mit der Hauptsache noch verbunden sind, pflegt man „hängende" Früchte zu nennen, »fructus pendentes,« »fructus stantes« [2]); die Römer brauchen diese Ausdrücke immer nur von Früchten des Bodens; die Neueren auch außerdem. In Hinsicht der von der Hauptsache gesonderten Früchte unterscheidet der juristische Sprachgebrauch folgender Maßen: soll bloß diese Sonderung bezeichnet werden ohne alle nähere Beziehung auf bestimmte anderweitige Voraussetzungen, so werden die Früchte nur eben „gesonderte," „getrennte" Früchte, »separati fructus« genannt [3]). Soll aber zugleich auch dieses bezeichnet werden, daß Jemand an den Früchten Besitz ergriffen hat, so sagt man von ihnen: sie sind „gesammelte" Früchte, »percepti fructus« [4]). Befinden der-

1) L. 44. D. d. R. V. VI, 1. »Fructus pendentes pars fundi videntur.«

2) cit. L. 44. D. L. 26. §. 1. D. d. furt. XLVII, 2.

3) L. 48. pr. D. d. A. R. D. XLI, 1.

4) L. 33. L. 78. D. d. R. V. VI, 1. »— — Perceptionem fructus accipere debemus, non tantum si perfecte sint collecti, sed etiam coepti ita percipi, ut terra continere se fructus desierint, veluti si olivae vel uvae collectae sint, nondum autem vinum vel oleum ab aliquo factum sit.« — —

Digitized by Google

gleichen gesammelte Früchte sich noch in dem Besitze des Einsammlers, so heißen sie »exstantes fructus,« vorhandene Früchte; außerdem werden sie »consumpti fructus« genannt [5]). Der Deutsche Ausdruck „verzehrte" Früchte ist nicht ganz passend, denn der Begriff der consumpti fructus ist nicht auf das eigentliche Verzehren beschränkt, sondern umfaßt auch jede anderweitige Entäußerung. Bisweilen kommen auch solche Früchte in Betracht, welche nicht wirklich gewonnen sind, welche aber bei sorgfältigerer Behandlung hätten gewonnen werden können, also »fructus, qui percipi potuerunt [6]).« Dergleichen Früchte bezeichnen die Neueren mit dem Ausdruck, fructus percipiendi, vernachlässigte Früchte. So viel in Beziehung auf die Gegensätze zwischen Früchten, die mit der Hauptsache noch verbunden, und solchen, die davon gesondert sind.

Ein anderer Unterschied, welchen man zu machen pflegt, bezieht sich auf die Art und Weise der Erzeugung. Man unterscheidet nämlich zwischen solchen Früchten, die durch die alleinige Thätigkeit der Natur erzeugt sind, und solchen, deren Erzeugung durch menschliche Beihülfe bewirkt ist [7]). Jene werden »fructus naturales,« oder auch »fructus naturales tantum,« desgleichen »fructus mere naturales« genannt, „natürliche," „bloß natürliche" Früchte: diese dagegen »fructus industriales,« „künstliche" Früchte. Die Unterscheidung selbst kommt in unsern Rechtsquellen vor, nicht aber die hier angegebenen technischen Bezeichnungen derselben [8]).

Alles Bisherige bezog sich auf Früchte im eigentlichen Sinne des Worts. Bei dieser eigentlichen Bedeutung ist man nun aber nicht stehen geblieben, sondern man hat den Begriff von Früchten übertragen auf Verhältnisse, in denen von physischer Erzeugung nicht die Rede sein kann. Nämlich Rechte, welche in anderen Rechten sich gründen, werden in Hinsicht dieser als Früchte betrachtet: so wird das Recht auf Mieths- oder Pachtgelder angesehen als eine Frucht des Eigenthums an der vermie-

5) L. 22. §. 2. D. d. P. A. XIII, 7.
6) cit. L. 33. D. d. R. V.
7) Vgl. Unterholzner, Archiv f. civilist. Prax. Bd. VIII. S. 336. folg.
8) L. 45. D. h. t. Vgl. Glück, VIII, S. 258. folg.

Digitized by Google

theten oder verpachteten Sache; so ferner das Recht, Zinsen zu fordern, als eine Frucht des auf das Capital sich beziehenden Rechts. Ja man geht noch weiter, indem man dieses Verhältniß der Rechte gegen einander auf die Gegenstände derselben überträgt: so sagt man z. B.: das Miethgeld ist Frucht des Hauses, die Zinsen sind Früchte des Capitals. Solche Früchte sind nun allerdings keine eigentlichen Früchte [9]), aber sie werden den eigentlichen Früchten gleich geachtet; die von jenen geltenden rechtlichen Grundsätze werden auch auf sie bezogen [10]). Die Neueren nennen diese uneigentlichen Früchte »fructus civiles,« „bürgerliche" Früchte: und im Gegensatz gegen sie heißen bei den Neueren alle Früchte im eigentlichen Sinn, alle Früchte, welche durch physische Erzeugung aus der Hauptsache hervorgegangen sind, »fructus naturales,« „natürliche" Früchte ohne Unterschied, ob sie mere naturales sind, oder industriales.

Zuletzt muß nun aber noch etwas angeführt werden, was für uns, an sich genommen ohne praktische Bedeutung ist, dadurch aber eine solche erhält, daß Nichtkenntniß desselben bei dem Studium der Quellen in der Lehre von den Früchten zu argen Fehlschlüssen verleiten kann. Die Sache ist die: es war vorhin die Rede davon, daß die Jungen der Thiere Früchte des Mutterthiers sind. Consequenter Weise hätten die Römer auch die Kinder einer Sclavin als Früchte der Mutter ansehen müssen, und Einige unter den älteren Rechtsgelehrten haben auch diese Ansicht. Die entgegengesetzte Ansicht wurde indessen die geltende, und namentlich finden wir im Justinianischen Rechte den Satz: der partus ancillae ist nicht in fructu. Ganz allgemein gilt der Satz allerdings nicht, aber er gilt doch in mehren höchst wesentlichen Beziehungen [11]). Hieraus ergibt sich nun aber, daß

9) L. 121. D. d. V. S. »Usura pecuniae, quam percipimus, in fructu non est, quia non ex ipso corpore, sed ex alia causa est, id est ex nova obligatione.«

10) Vgl. in dieser Beziehung: L. 29. D. d. hered. petit. V, 3. L. 62. pr. D. d. R. V. VI, 1. L. 34. L. 36. D. h. t. »Praediorum urbanorum pensiones pro fructibus accipiuntur.«

11) §. 37. I. d. rer. div. II, 1. L. 38. §. 1. D. h. t. »Partus vero ancillae in fructu non est, itaque ad dominium proprietatis pertinet. Absurdum enim videbatur, hominem in fructu esse, cum omnes fructus rerum natura hominum gratia comparaverit.« Vgl. L. 68. pr. D. d. usufr. VII, 1.

Digitized by Google

man von demjenigen, was in unsern Quellen über den partus ancillae vorkommt, für die Lehre von den Früchten nur einen sehr beschränkten Gebrauch machen kann.

§. 82.

γ. Von den Verwendungen *).

† DIG. XXV, 1. De impensis in res dotales factis.

Wenn Geld aufgewandt wird zum Behuf der Erzeugung von Sachen, oder um in der Substanz schon vorhandener Sachen gewisse Veränderungen zu bewerkstelligen, so findet zwischen jenem Gelde und den Sachen, worauf es verwandt ist, eine Beziehung Statt von der Art, daß dabei das verwandte Geld, da es bloßes Mittel war zum Zweck, als etwas Untergeordnetes erscheint. Wir können daher, wenn wir diese Beziehung ins Auge fassen, sagen: die Sache, für welche das Geld verwandt wurde, ist die Hauptsache, das Geld ist die Nebensache. Derselbe Gesichtspunkt wird aber auch da eintreten, wo Geldeswerth verwandt ist, mögen dies nun anderweitige Sachen sein, oder auch Handlungen, welche sich zu Geld anschlagen lassen. Und so gehören in die Kategorie der Nebensachen auch die Verwendungen, worunter jeder auf die Sache gemachte Aufwand zu verstehen ist: »impensae.«

Im Einzelnen nun ist über die Verwendungen Folgendes zu bemerken: Bei dem auf die Substanz der Sache gemachten Aufwande unterscheidet man zwischen »necessariae,« »voluptuariae« und »utiles impensae [1].« 1. Necessariae impensae, nothwendige Verwendungen sind solche, welche durch den Zustand der Sache nothwendig werden, indem die Sache außerdem zu Grunde gehen, oder wenigstens schlechter werden würde [2]. 2. Voluptuariae oder voluptuosae impensae, zierende Verwendungen,

*) Wir haben in unsern Quellen keinen Titel, der von den impensae im Allgemeinen handelte: wohl aber wird Vieles von dem, was sich auf impensae im Allgemeinen bezieht, in dem besonderen Titel der Pandekten abgehandelt, welcher die Verwendungen auf die Brautgabe betrifft. Es ist dies der oben angeführte.

1) L. 1. pr. D. h. t.

2) L. 1. §. 1. D. eod. L. 79. pr. D. d. V. S. »Impensae necessariae sunt, quae si factae non sint, res aut peritura, aut deterior futura sit.«

ſind ſolche, welche bloß zur Verſchönerung einer Sache dienen [3]). 3. **Utiles impensae** (nützliche Verwendungen?). Der Begriff dieſer Gattung von Verwendungen wird durch zwei Merkmale beſtimmt: von den **necessariae** unterſcheiden ſie ſich dadurch, daß ſie zur bloßen Inſtandhaltung der Sache nicht erforderlich ſind, von den **voluptuariae** aber dadurch, daß ſie nicht zur bloßen Verſchönerung dienen, ſondern die Sache nutzbarer machen, den Ertrag derſelben erhöhen [4]). Dies Letzte leidet jedoch in Einem Falle eine Ausnahme: nämlich bei Sachen, welche zum Verkaufe beſtimmt ſind, »**res promercales**,« werden auch ſolche Verwendungen, die an und für ſich nur **voluptuosae** genannt werden können, als **utiles** betrachtet, ſobald die Sache dadurch koſtbarer wird, und nun zu einem höheren Preiſe verkauft werden kann [5]).

So viel über den Begriff der Verwendungen überhaupt und den Unterſchied zwiſchen **impensae necessariae, utiles** und **voluptuariae** insbeſondere. Die nähere Erörterung des mit dieſen Begriffen verbundenen rechtlichen Intereſſes bleibt in Gemäßheit deſſen, was ich zu Anfange dieſes Kapitels geäußert habe, (ſ. ob. S. 218. Anm. *.) ausgeſchloſſen. Indeſſen muß hier doch ſoviel bemerkt werden, daß jenes Intereſſe hauptſächlich auf die Frage hinausläuft: Wenn ich auf eine fremde Sache, oder auch auf eine eigene, die ich einem Anderen zu leiſten ſchuldig bin, Koſten verwandt habe, inwieweit kann ich verlangen, daß dieſe Koſten mir erſetzt werden? Dieſe Frage iſt nach Verſchiedenheit der Verhältniſſe, verſchieden zu beantworten; aber es gibt Eine allgemeine Regel, die eben ihrer Allgemeinheit halber gleich hier, ein für alle Male angegeben werden ſoll, nämlich dieſe: Wer Früchte gezogen hat, und dieſe reſtituiren ſoll, der kann den Werth des auf die Erzeugung, Einſammlung und Aufbewahrung der Früchte Verwandten jederzeit in Abzug bringen: **fructuum**

3) L. 7. pr. D. h. t. L. 79. §. 2. D. d. V. S. »Voluptuariae (impensae) sunt, quae speciem duntaxat ornant, non etiam fructum augent — —.«

4) L. 5. §. ult. L. 6. D. h. t. L. 79. §. 1. D. d. V. S. »Utiles impensas esse, Fulcinius ait, quae meliorem dotem faciant, non deteriorem esse non sinant, ex quibus reditus mulieri acquiratur.« — —

5) L. 10. D. h. t.

Digitized by Google

nomine braucht er immer nur den Ueberschuß zu restituiren [6]). So verhält es sich mit Verwendungen auf Früchte. Was die Verwendungen auf die Substanz einer Sache betrifft, so läßt sich darüber keine allgemeine Regel geben; mehrentheils indessen kann wenigstens Ersatz der nothwendigen Verwendungen gefordert werden.

Noch ist etwas zu sagen über den Ausdruck: »expensae.« An sich bezeichnet expensae überhaupt jede Ausgabe, und so kann er denn auch für Verwendungen gebraucht werden, wie auch in den Quellen gelegentlich geschieht [7]). Die Neueren aber unterscheiden zwischen impensae und expensae, und zwar in dieser Weise: impensae ist Aufwand auf eine Sache; expensae Aufwand bloß um einer Sache willen. Vornämlich braucht man expensae für die Proceßkosten [8]).

6) L. 36. §. ult. D. d. hered. petit. V, 3. L. 1. C. d. fructib. et litium expensis. VII, 51. »Hoc fructuum nomine continetur, quod justis sumtibus deductis superest.«

7) L. ult. pr. C. d. petit. hered. III, 31.

8) Siehe z. B. Rubr. tit. Cod. d. fructibus et litium expensis.

Digitized by Google

Erstes Buch.
Allgemeine Lehren.

Viertes Kapitel.
Von den Handlungen.

I. Von den Handlungen im Allgemeinen. (§. §. 83-89.)

§. 83.

A. Begriff; rechtliche Bedeutung; Eintheilungen.

Was zunächst den Begriff betrifft, so versteht man überhaupt unter Handlung jede Thätigkeit des menschlichen Willens; wo es an dieser fehlt, da läßt sich auch von keiner Handlung sprechen.

Anlangend die juristische Bedeutung, so sind Handlungen häufig das Object eines Rechts bei den obligatorischen Rechten. Aber die Handlungen sind nun auch noch in einer andern Beziehung von juristischer Wichtigkeit; nämlich sie sind häufig die Ursachen, wodurch die Entstehung oder das Aufhören von Rechtsverhältnissen bewirkt wird.

Eingetheilt werden die Handlungen:

1. in innerliche und äußerliche. Innerliche sind diejenigen, welche nicht in die äußere Erscheinung übergehen; äußerliche diejenigen, bei denen dieses der Fall ist. Aber diese äußerlichen Handlungen haben bei aller ihrer Aeußerlichkeit, ihren Grund doch auch in dem Innern des Menschen. Die bloß innerlichen

Digitized by Google

Handlungen nun liegen ganz und gar außer dem Gebiete des Rechts. Bei den äußerlichen Handlungen aber ist es nicht allein die Veränderung in der Erscheinung, welche auf dem Gebiete des Rechts berücksichtigt wird, sondern es kommt in gar mancher Beziehung das Innere, die Willensbestimmung ebenfalls in Betracht. So fragt man da, wo Jemand eine Erklärung abgegeben hat, nicht etwa bloß nach der Erklärung an und für sich, worin eben bei einer Handlung dieser Art das Aeußerliche besteht, sondern man fragt zugleich nach der Absicht desjenigen, welcher die Erklärung abgegeben hat. Ebenso ist es von Einfluß auf die rechtlichen Folgen einer Handlung, ob der Handelnde dazu durch Furcht bestimmt worden ist, oder nicht. Nicht minder ist es oftmals von Wichtigkeit, zu wissen, ob von Seiten des Handelnden ein Irrthum im Spiele ist, sei es nun, daß der Irrthum in einem Betruge seinen Grund hat, oder daß er auf andere Weise veranlaßt ist. Endlich bei Handlungen, wodurch das Recht eines Andern verletzt worden ist, kommt gar viel auf den Grad der Verschuldung an. Häufig werde ich bei der folgenden Eintheilung hierauf zurückkommen.

Bloß auf die äußere Seite bezieht sich der Begriff derjenigen Handlungen, welche im engern und eigentlichen Sinne *unmöglich* genannt werden. Darunter nämlich versteht man solche Handlungen, wodurch etwas bewirkt werden soll, was entweder nach den Gesetzen der Natur, oder nach juristischen Begriffen sich nicht bewerkstelligen läßt. Handlungen dieser Art können weder Gegenstand eines Rechts oder einer Verbindlichkeit sein, noch auch können durch sie rechtliche Verhältnisse hervorgebracht werden, eben weil diese Handlungen überall nicht vorkommen können.

2. *Erlaubte* und *unerlaubte* Handlungen. Unerlaubte Handlungen im juristischen Sinne des Worts sind diejenigen, welche das Gesetz untersagt. Dergleichen Handlungen können in einem gewissen Sinne ebenfalls als unmögliche Handlungen angesehen werden, inwieweit eine gewisse Verwandtschaft Statt findet zwischen dem, was nicht sein soll, nicht sein darf, und dem, was nicht sein kann. Auch kommen sie darin mit jenen unmöglichen Handlungen, deren ich vorhin erwähnte, überein,

Digitized by Google

daß sie nie Gegenstand eines Rechts oder einer Verbindlichkeit sein können: Rechte oder Verbindlichkeiten dieser Art werden von dem Gesetze nicht anerkannt. Aber freilich, das kann das Gesetz nicht hindern, daß unerlaubte Handlungen in der That vorgenommen werden. Und so können also unerlaubte Handlungen, wenn schon nicht Gegenstände von Rechten und Verbindlichkeiten, dennoch sehr wohl die Ursache davon sein. Also unerlaubte Handlungen können rechtliche Folgen haben. Und zwar ist dabei der Grundsatz im Allgemeinen dieser: Niemand kann rechtlich genommen durch eine unerlaubte Handlung seine Lage verbessern [1]). Wohl aber pflegt derjenige, welcher eine unerlaubte Handlung vornimmt, seine Lage zu verschlechtern. Hat er einem Andern Schaden zugefügt, so kann er gehalten sein, diesen zu ersetzen. Eben so kann ihn, seines Vergehens halber eine Strafe treffen. — Uebrigens versteht es sich von selbst, daß von einer unerlaubten Handlung immer nur insofern die Rede sein kann, als etwas dem Gesetze Zuwiderlaufendes in dem Willen desjenigen gegründet ist, der es bewirkt hat; denn ohne den Willen gibt es überhaupt gar keine, und also auch keine unerlaubte Handlung. Immer also wird da, wo von den rechtlichen Folgen unerlaubter Handlungen die Rede ist, Zurechnung, Imputation vorausgesetzt. Es muß Verschuldung zum Grunde liegen, **Culpa** im weitern Sinne des Worts. Diese Verschuldung heißt **Dolus**, wenn die Handlung absichtlich vorgenommen worden ist. Besteht dagegen die Verschuldung nur darin, daß es Jemand an der erforderlichen Aufmerksamkeit und Sorgfalt hat fehlen lassen, so wird sie **Culpa** genannt in einem engern Sinne des Worts. Diese **Culpa** im engern Sinne hat nun aber wieder ihre Grade. Entweder ist es ein grobes Versehen, dessen der Handelnde sich schuldig gemacht hat, oder ein geringes. In jenem Falle heißt die **Culpa — lata**, in diesem **levis**, oder auch **Culpa** schlechthin, im engsten Sinne des Worts. Und auf diese verschiedenen Abstufungen der Verschuldung kommt es gar sehr an, wenn von dem Begriff und der rechtlichen Folge uner-

1) L. 134. §. 1. D. d. R. I. »Nemo ex suo delicto meliorem conditionem suam facere potest.«

laubter Handlungen die Rede ist. Manche Handlungen werden überall nur insofern für unerlaubt gehalten, als ein **Dolus** dabei zum Grunde liegt; bei andern kommt auch schon die **Culpa** in Betracht, bald nur die **lata**, bald aber selbst die **levis**. Und ferner auch da, wo jede Verschuldung berücksichtigt wird, hat doch oftmals der **Dolus** nachtheiligere Folgen, als die **Culpa**. Das Nähere wird in der Lehre von den Obligationen vorkommen.

Ich wende mich nunmehr zu den erlaubten, zu den nicht verbotenen Handlungen. Bei diesen machen unsere neuern Juristen wieder einen Unterschied zwischen **Actus merae facultatis** und **Actus non merae facultatis**. Unter jenen ersteren versteht man solche Handlungen, die man vornehmen kann, ohne dadurch zur Wiederholung verpflichtet zu werden, oder unterlassen, ohne daß man dadurch die Befugniß verlöre, sie in der Folge vorzunehmen. Der Begriff der **Actus non merae facultatis** ergibt sich hieraus von selbst. Er findet vornämlich bei Unterlassungen Anwendung. So ist, um nur Eins anzuführen, die Ausübung einer uns zuständigen Servitut **Actus non merae facultatis**; denn wer eine gewisse Zeit hindurch seine Servitut nicht ausübt, verliert dadurch das Recht der Ausübung, indem die Servitut selbst erlischt.

B. Einfluß des Zwanges, des Betruges, der Unwissenheit und des Irrthums auf die rechtlichen Folgen der Handlungen. (§. §. 84-89.)

§. 84.

a. Zwang.

† **DIG. IV, 2.** Quod metus causa gestum erit. **XLIV, 4.** De doli mali et metus exceptione. — † **COD. II, 20.** de his quae vi metusve causa gesta sunt.

Ein **absoluter** Zwang zu Handlungen ist nach der Natur des menschlichen Willens unmöglich. Ein absoluter Zwang kann nur auf den Leib ausgeübt werden. Ein Stärkerer z. B. als ich kann meines Arms sich bemächtigen, und sich desselben wider meinen Willen, als eines bloßen Instruments bedienen, um ir-

Digitized by Google

gend eine Wirkung hervorzubringen. Dann haben wir allerdings den Fall eines absoluten Zwangs, aber man kann dann auch nicht sagen, daß ich eine Handlung vorgenommen habe, denn nur mein Arm war im Spiel, nicht aber mein Wille. Auf diesen aber ist ein absoluter Zwang nicht möglich. Der Zwang, der auf den Willen gerichtet ist, kann immer nur compulsiver, nur psychologischer Art sein. Er besteht jederzeit darin, daß Furcht erregt wird, es geschehe dies nun durch bloße Drohung oder durch wirklich zugefügte Uebel, welche die Besorgniß der Fortsetzung der Wiederholung, wohl gar der Steigerung erregen. Diese Furcht ist es, wodurch alsdann der Wille bestimmt wird. Dabei entsteht denn nun aber die Frage: wenn Jemand durch Furcht, die man in ihm erregt hat, zu irgend einer Willenserklärung bestimmt worden ist, wird diese Willenserklärung als gültig anzusehen sein? Bei dieser Frage wird jedoch vorausgesetzt,

1. daß der Zwang nicht etwa von Rechtswegen angewandt wurde [1]).

2. Daß das befürchtete Uebel ein Uebel von Bedeutung war [2]).

3. Daß der Fürchtende hinreichenden Grund hatte, anzunehmen, seine Besorgniß werde erfüllt werden [3]).

Wo es an einer dieser Voraussetzungen fehlt, da wird der ausgeübte Zwang überall gar nicht beachtet. Wie nun aber da, wo diese Voraussetzungen vorhanden sind? Die Regel ist: auch eine erzwungene Willenserklärung ist immer eine Willenserklärung und daher der Strenge nach gültig [4]). Allerdings gibt es einzelne Ausnahmen. Dahin gehört:

1. daß eine erzwungene Societät ipso jure nichtig ist. Die Societät setzt mehr, als irgend ein anderer Vertrag, das Vorhandensein eines aufrichtigen, gegenseitigen Vertrauens voraus.

1) L. 3. §. 1. D. h. t.

2) L. 5. D. h. t. »Metum accipiendum, Labeo dicit, non quemlibet, sed majoris mali.« Vgl. L. 7. §. 1. D. L. 7. C. eod.

3) L. 6. D. h. t. »Metum autem non vani hominis, sed qui merito et in hominem constantissimum cadat, ad hoc edictum pertinere dicemus.« L. 9. C. eod.

4) L. 21. §. 5. D. h. t. »Si metu coactus adii hereditatem, puto me heredem effici, quia quamvis, si liberum esset, noluissem, tamen coactus volui; sed per Praetorem restituendus sum, ut abstinendi mihi facultas tribuatur.«

Digitized by Google

Deshalb ist sie, wie wir in dem folgenden Paragraphen sehen werden, nichtig, sobald Jemand zur Eingehung derselben durch Betrug inducirt worden ist. Der Zwang aber ist in der Beziehung, auf welche es hier ankommt, dem Betruge vollkommen gleich zu achten [5]). Ferner tritt eine Ausnahme ein

2. bei der **Dotis promissio** [6]);

3. bei Eingehung der Ehe (§. 681);

4. bei Interposition der **Auctoritas autoris.** (§. 761.) Ungeachtet dieser Ausnahmen bleibt aber die Regel diese, daß auch erzwungene Willenserklärungen der Strenge nach gültig sind. Indessen sehen wir nun doch aus Aeußerungen anderer Stellen [7]), daß neben jener Regel zugleich der Satz anerkannt wird: Es ist der Billigkeit, es ist der Sitte entgegen, daß eine erzwungene Willenserklärung wider den durch den Zwang Benachtheiligten geltend gemacht werde, es wäre denn, daß er sich dieses freiwillig gefallen ließe. Es wird ihm daher gestattet, seiner Seits das erzwungene Geschäft anzufechten, und zwar kommt man ihm auf eine zweifache Weise zu Hülfe:

1. Der Benachtheiligte kann auf den Grund des ausgeübten Zwanges begehren **in integrum restituirt** zu werden. (Davon im §. 189.)

2. Der Zwang begründet ein eigenthümliches obligatorisches Verhältniß, welches theils eine Einrede, theils eine Klage hervorbringt. Die Einrede, die **Metus exceptio**, dient dazu, bevorstehenden Nachtheil abzuwenden; die Klage aber dazu, den schon vorhandenen aufzuheben. Zu diesem Zweck gibt es eine eigenthümliche Klage, die **Quod metus causa actio.** Denken wir uns indessen den Fall, daß Jemand von seinem Mitcontrahenten zur Eingehung eines **bonae fidei contractus** gezwungen worden ist, da kann der Gezwungene sich auch ohne jene besondere Klage

5) Denn siehe **L. 14. §. 13. D. h. t.** »Eum, qui metum fecit, et de dolo teneri, certum est — —.« Vgl. **L. 2. §. 8. D. Vi bonor. raptor. XLVII, 8.** »— — nam qui vim facit, dolo malo facit.« —

6) **L. 21. §. 3. D. h. t.**

7) z. B. **L. 116. pr. D. d. R. I.** »Nihil consensui tam contrarium est, qui et bonae fidei judicia sustinet, quam vis atque metus; quem comprobare contra bonos mores est.«

Digitized by Google

helfen; er kann den Contract mit der aus diesem selbst entspringenden Klage anfechten. Und dies läßt sich heutiges Tags noch in einer viel größern Allgemeinheit in Anwendung bringen. Das Nähere über das hier angedeutete obligatorische Verhältniß wird §. 599 folg. vorkommen.

Ich habe bisher die Ansicht entwickelt, welche meiner Ueberzeugung nach die richtige ist. Aber nach der Ansicht Vieler hat es mit den **bonae fidei contractus** eine andere, als die vorhin angegebene, Bewandniß. Und obgleich ich diese Ansicht für durchaus unrichtig halte, so glaube ich sie doch wenigstens anführen zu müssen. Man sagt nämlich so: Wenn einer der Contrahenten den andern zu Eingehung eines **bonae fidei contractus** gezwungen hat, so muß man unterscheiden zwischen dem **Metus dans causam contractui** und dem **Metus incidens**. Der **Metus incidens** begründet nur eine Klage auf Schadenersatz, aber bei einem **Metus dans causam contractui** ist der Contract null und nichtig. Hat dagegen ein Dritter den Zwang angewandt, so kommt es darauf an, ob der Zwang direct auf die Eingehung des Vertrages selbst gerichtet war, oder nicht [8]). Im ersten Falle ist der Contract wieder **ipso jure** null und nichtig, wenigstens dann, wenn derjenige, mit welchem der Gezwungene contrahirte, um den Zwang wußte. Was nun aber nach Römischem Rechte von den **bonae fidei contractus** gilt, das gilt heutiges Tags allgemein, denn bei uns sind alle Verträge **bonae fidei contractus** [9]).

8) So Glück, IV. S. 179. »Ist die Furcht von einem Dritten erregt worden, so gab dieselbe entweder nur die Gelegenheit zur Schließung des Vertrags, welchen der Drohende selbst nicht beabsichtigte, oder der Drohende hat denselbigen Vertrag intendirt, welcher der Furcht wegen eingegangen ist. Im ersteren Falle schadet die Furcht der Gültigkeit des Vertrags nichts, und findet dagegen nicht einmal eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand Statt, weil hier die Läsion nicht aus dem Pactum entspringt.«

9) So stellt die Sache namentlich Glück, IV. S. 175. folg., V. S. 483. folg. dar: desgleichen Thibaut, Pand. §. 455. Not. *m.*, nur daß dieser in dem Falle, da der Zwang von einem Dritten ausgeht, nicht einmal Mitwissenschaft von Seiten des anderen Contrahenten fordert.

Digitized by Google

§. 85.

b. Betrug.

† DIG. IV, 3. De dolo malo. XLIV, 4. De doli mali et metus exceptione. — † COD. II, 21. De dolo malo.

Gleichbedeutend mit Betrug kommt hier der Ausdruck **Dolus** vor. Dieser nämlich wird bald in der weitern, bald in der engern Bedeutung genommen. Die weitere Bedeutung ist bereits im §. 83. vorgekommen. Nach ihr bezeichnet **Dolus** jede Verschuldung mit Absicht. Die engere aber ist beschränkt auf die absichtliche Täuschung eines Andern zu dessen Nachtheil. Inwiefern nun eine Täuschung dieser Art als erlaubte Schlauheit angesehen werden mag, insofern nannten die Römer, in früherer Zeit, den **Dolus** einen **Dolus bonus** [1]). Dagegen bezeichneten sie die unerlaubte Täuschung eines Andern mit dem Ausdruck **Dolus malus**. Hier haben wir es nur mit dem **Dolus malus** zu thun, der indessen in den Justinianischen Rechtsbüchern häufig auch **Dolus** schlechthin genannt wird. Die Frage nun, auf deren Beantwortung es ankommt, ist diese:

Wenn Jemand durch Betrug, durch **Dolus** im engern Sinne, zu einer Willenserklärung bestimmt worden ist — kann diese Willenserklärung als gültig angesehen werden? Die gewöhnliche Meinung ist diese: Im Allgemeinen ist auch eine solche Willenserklärung der Strenge nach gültig. Nur bei **bonae fidei contractus**, und sonach also heutiges Tags bei allen Verträgen überhaupt findet eine Ausnahme Statt. Nämlich wenn Jemand zu einem solchen Contract von demjenigen selbst betrügerischer Weise inducirt worden ist, mit welchem er contrahirt, so ist der Contract null und nichtig, sobald der **Dolus** ein **Dolus dans causam contractui** ist; während ein **Dolus incidens** nur Anspruch auf Entschädigung begründet. So wenn der **Dolus** dem Mitcontrahenten zur Last fällt. Rührt der Betrug von einem Dritten her, so wird allerdings die Gültigkeit des Contracts dadurch überall gar nicht afficirt [2]). Das Richtige in dieser Theorie ist allerdings die Regel, von welcher man ausgeht: Auch eine

1) L. 1. §. 3. D. h. t. »— — maxime si adversus hostem latronemve quis machinetur.«

2) S. Glück, IV. S. 122. folg.

Digitized by Google

durch Betrug veranlaßte Willenserklärung ist immer eine Willenserklärung, und daher der Strenge nach bindend [3]). Eine Ausnahme findet sich bei der Eingehung der Ehe. Davon §. 681. Und ferner ist von der Regel ausgenommen der Societätscontract aus Gründen, welche schon früher angeführt sind [4]). Außerdem tritt nun aber die Regel auch bei Verträgen ein, nicht bloß, wenn der Betrug von einem Dritten, sondern auch, wenn er von einem der Contrahenten herrührt, ohne Unterschied, ob der Vertrag **bonae fidei** ist, oder **stricti juris**. Auch auf die Art des **Dolus**, ob er **dans causam contractui**, oder **incidens** ist, kommt es bei der Anwendung unserer Regel nicht an. Allerdings aber muß man auch hier, auf eine ähnliche Weise, wie beim Zwange, sagen: Es ist der Billigkeit, **den bonis moribus** entgegen, daß der Betrogene wider seinen Willen unter dem Betruge leide. Und daher kommt man ihm gegen die Strenge des Rechts zu Hülfe.

Ob der Betrug eine **justa causa** für die **in integrum restitutio** sei, davon werde ich im §. 193. sprechen. Jedenfalls aber wird durch den Betrug ein eigenthümliches obligatorisches Verhältniß hervorgebracht zwischen dem Benachtheiligten auf der einen, und dem Betrüger auf der andern Seite. Dieses Verhältniß erzeugt theils eine Einrede, theils eine Klage; die Einrede ist die **Doli exceptio**. Mit der Klage aber hat es diese Bewandniß: Ist Jemand bei einem **bonae fidei contractus** von demjenigen gerade, mit dem er contrahirte, betrogen worden, so kann er sich mit der aus dem Contracte selbst entspringenden Klage helfen — durch diese Aufhebung des Nachtheils bewirken, den er erfahren hat. Außerdem hat der Betrogene eine eigene Klage, die **de dolo actio**. Das Nähere über das hier erwähnte obligatorische Verhältniß gehört in das Obligationenrecht. §. 602. folg.

3) Vgl. L. 36. D. d. V. O. XLV, 1.

4) s. den vor. §. S. 249. Die Beweisstellen hiefür sind: L. 16. §. 1. D. d. minorib. IV, 4. und L. 3. §. 3. D. pro soc. XVII, 2. »Societas si dolo malo aut fraudandi causa coïta sit, ipso jure nullius momenti est, quia fides bona contraria est fraudi et dolo.« Vgl. zu diesen Stellen Francke, civilist. Abhandl. S. 143. 144. Anm. 15. und desselben Beiträge zur Erläuterung einzelner Rechtsmaterien, S. 67. n. 5. — Gegen diese Ansicht hat sich erklärt Burchardi, Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, S. 335. folg.

Digitized by Google

c. Unwiſſenheit und Irrthum.

† DIG. XXII, 6. † COD. I, 18. De juris et facti ignorantia.

§. 86.

α. Begriffe.

Gleich im Voraus muß ich bemerken: von den eigenthümlichen Wirkungen des Irrthums im Fall eines Betruges iſt hier nicht die Rede. Davon iſt in dem vorhergehenden Paragraphen gehandelt worden. Hier haben wir es nur mit denjenigen Wirkungen zu thun, welche Irrthum und Unwiſſenheit an und für ſich zur Folge haben. Zunächſt kommt es nunmehr darauf an, den Begriff von Unwiſſenheit und Irrthum feſtzuſtellen. Insbeſondere wird dann noch von dem Unterſchiede zwiſchen **Juris** und **Facti ignorantia** zu handeln ſein. Die **Ignorantia**, die Unwiſſenheit, beſteht in der bloßen Nichtkenntniß von etwas Vorhandenem oder Geſchehenem; die Unwiſſenheit iſt alſo etwas rein Negatives. In dem **Error**, dem Irrthum, ſteckt dagegen etwas Poſitives. Man macht ſich von etwas eine beſtimmte Vorſtellung, die aber der Wahrheit widerſtreitet. Der Unwiſſende hat von dem, worauf es ankommt, keine Vorſtellung; der Irrende hat eine falſche Vorſtellung davon.

Indeſſen, wenn ſchon Irrthum und Unwiſſenheit dem Begriff nach verſchieden ſind von einander, ſo iſt doch der juriſtiſche Erfolg bei beiden derſelbe. Wenn ich daher in der Folge nur den Irrthum nenne, ſo iſt, was ich von dieſem ſage, auch von der Unwiſſenheit zu verſtehen; und umgekehrt: es müßte denn die Natur der Sache eine Beſchränkung auf das Eine oder das Andere von ſelbſt mit ſich führen.

Was nun den Unterſchied zwiſchen **Juris** und **Facti ignorantia** betrifft, ſo ergibt ſich im Allgemeinen die Bedeutung deſſelben ſchon aus der bloßen Benennung. Zum Behuf der richtigern Beſtimmung der Begriffe muß ich indeſſen Folgendes bemerken: Wenn die Rede iſt von der Unwiſſenheit des Rechts, ſo wird das Wort „Recht“ im objectiven Sinne genommen. Wer mit den beſtehenden Grundſätzen des Rechts unbekannt iſt, deſſen **Ignorantia** iſt eine **Juris ignorantia**; dagegen fällt das

Digitized by Google

Recht im subjectiven Sinne des Worts nicht unter den Begriff der Rechtsunwissenheit. Dies ist so zu verstehen: Ich kann wissen, daß Titius unter dieser oder jener factischen Voraussetzung ein gewisses Recht haben könne — aber ich weiß nicht, daß jene Voraussetzung in der That vorhanden ist, und daher weiß ich denn also auch nicht, daß Titius das gedachte Recht in der That habe. Hier bezieht meine Unwissenheit sich nicht auf den Begriff des Rechts im objectiven, sondern auf den Begriff des Rechts im subjectiven Sinne, und deshalb ist sie keine **Juris ignorantia**, sondern eine **Facti ignorantia**. Daher kann es denn auch für keine Rechtsunwissenheit gelten, wenn man mit den, einzelnen Individuen ertheilten, Privilegien unbekannt ist. Denn diese wirkliche, factische Verleihung eines Privilegiums ist etwas, was außer dem Bereiche der Rechtsgrundsätze liegt. Uebrigens verweise ich wegen des hier in Rede stehenden Unterschiedes auf die unten angeführten Stellen [1]). Soviel über den Begriff von **juris** und **facti ignorantia**. Beide sind aber auch in ihren rechtlichen Folgen wesentlich verschieden, wie wir bald sehen werden (im §. 89.). Für jetzt abstrahiren wir davon noch.

Eine ganz besonders wichtige Folge des Irrthums ist die, daß unter gewissen Voraussetzungen eine Willenserklärung durch den ihr zum Grunde liegenden Irrthum vernichtet wird, und somit ohne rechtliche Wirkung bleibt. Davon soll zuerst im §. 87. gehandelt werden. Die übrigen rechtlichen Folgen des Irrthums sollen im §. 88. zusammengestellt werden.

β. Rechtliche Folgen.

a. An sich.

§. 87.

1. Mögliche Nichtigkeit einer Willenserklärung.

Ich habe gesagt, unter gewissen Voraussetzungen wirke der

1) L. 1. D. h. t. »Ignorantia vel facti vel juris est. — — — —« §. 2. »Si quis nesciat, se cognatum esse, interdum in jure, interdum in facto errat: nam si et liberum se esse, et ex quibus natus sit sciat, jura autem cognationis habere se nesciat, in jure errat. At si quis forte expositus, quorum parentum sit ignoret, fortasse et serviat alicui, putans se servum esse, in facto magis, quam in jure errat.« — —

Digitized by Google

Irrthum auf Willenserklärungen vernichtend. Es fragt sich also, wann dies der Fall sei?

Vor Allem müssen wir unterscheiden zwischen Irrthum, welcher sich auf den *Inhalt*, auf den Gegenstand einer Willenserklärung bezieht — und Irrthum, welcher beschränkt ist auf das *Motiv*, auf den Beweggrund zu einer Willenserklärung. In Beziehung auf jene *erste* Art des Irrthums, welcher den Inhalt, den Gegenstand einer Willenserklärung betrifft, ist Folgendes zu bemerken:

1. Wenn Jemand mir im Namen eines Andern eine Sache übergibt, um mich zum Eigenthümer derselben zu machen, aber in der falschen Voraussetzung, daß die Sache jenem Andern gehöre, während sie in der That ihm selbst gehört: so ist die von ihm abgegebene Erklärung nichtig; das Eigenthum geht auf mich nicht über [1]). In der Lehre von der Tradition werde ich hierauf zurückkommen.

2. Bei obligatorischen Verträgen ist die Regel die, daß ein *wesentlicher* Irrthum über den Gegenstand des Vertrages vernichtend wirkt. Für wesentlich aber gilt der Irrthum, wenn er die Identität der vertragsmäßig zu leistenden Sache betrifft, z. B. wenn beim Kauf der Käufer sich diese Sache als Gegenstand des Kaufes denkt, während der Verkäufer eine ganz andere Sache im Sinne hat. Hier fehlt es an der Uebereinstimmung beider Theile in Hinsicht eines höchst wesentlichen Punktes, und daher ist der Kauf null und nichtig [2]). Einen Irrthum dieser Art und überhaupt jeden Irrthum über die Identität von etwas nennt man **Error in corpore** [3]).

Ferner kann auch der Irrthum über die Eigenschaften einer zu leistenden Sache ein wesentlicher sein. Dies nämlich ist er alsdann, wenn er eine wesentliche Eigenschaft betrifft, welche man an der Sache voraussetzt, während es der Sache daran ganz

1) L. 35. D. d. A. R. D. XLI, 1.

2) L. 9. pr. D. d. C. E. XVIII, 1. Vgl. L. 83. §. 1. D. d. V. O. XLV, 1. »Si Stichum stipulatus de alio sentiam, tu de alio, nihil actum erit. — — nam stipulatio ex utriusque consensu valet — —.«

3) Nach dem von Ulpian in L. 9. pr. cit. zur Bezeichnung dieses Mangels an Uebereinstimmung gebrauchten Ausdrucke: »in corpore dissentire.«

Digitized by Google

und gar fehlt. Einen solchen Error pflegt man Error in substantia zu nennen. Auch er wirkt im Ganzen genommen vernichtend [4]). Ich sage im Ganzen. Dies bezieht sich darauf: Angenommen, der Vertrag verschafft mir eine Sache, ohne daß ich mich zu einer Vergeltung anheischig gemacht habe. Hier kann es wohl sein, daß ich in substantia irrte; der Vertrag ist darum doch nicht nichtig: z. B. ich habe mir durch Stipulation von dem Andern eine Sache versprechen lassen, von der ich glaubte, sie sei von Golde, während sie von Kupfer ist. Der Promittent ist mir verpflichtet [5]). Es wird mir eine Sache, die ich für Gold halte, zum Pfande gegeben; es findet sich aber, daß die Sache von Kupfer ist. Auch so ist mir die Sache verpfändet [6]). Endlich ist es ein wesentlicher Irrthum zu nennen, wenn es bei einem Vertrage auf eine Gegenleistung in Gelde ankommt, und der Fordernde eine höhere Summe im Sinne hat, als diejenige ist, welche der Andere zu geben Willens ist: z. B. A beabsichtigt eine Sache zu vermiethen für ein Miethgeld von 100. B steht in dem Irrthum, A verlange nur 80 — und in dieser Voraussetzung miethet er die Sache. Hier fehlt es wieder an der erforderlichen Uebereinstimmung in Hinsicht eines ganz wesentlichen Punktes, und so ist der Miethcontract nichtig. Denken wir uns aber den Fall umgekehrt: nehmen wir an, A begehrt mehr nicht, als 80, und B miethet, ungeachtet er irriger Weise meint, der A wolle 100 haben; dann gilt der Vertrag, nämlich auf 80 [7]).

Das Bisherige bezog sich auf die Voraussetzung eines wesentlichen Irrthums über den Gegenstand eines Vertrags. Ein unwesentlicher Irrthum dagegen macht den Vertrag keineswegs nichtig. Dahin gehört der Irrthum über unwesentliche Eigenschaften, ja selbst der Irrthum über wesentliche Eigenschaften, sobald er nur den Grad und das Maaß derselben betrifft [8]).

4) L. 9. §. 2. L. 11. §. 1. L. 41. §. 1. D. d. C. E. XVIII, 1.
5) L. 22. D. d. V. O. XLV, 1.
6) L. 1. §. 2. D. d. P. A. XIII, 7.
7) L. 52. D. locat. cond. XIX, 2.
8) L. 9. §. 2. d. C. E. L. 10. D. eod. »Aliter atque si aurum quidem fuerit, deterius autem, quam emtor existimaret; tunc enim emtio valet.« Hieraus sind zu erklären L. 11. §. 1. D. eod.; desgl. L. 14. D. eod., wo »inauratum« nicht heißt: mit Gold überlegt, sondern: mit Gold vermischt.

Digitized by Google

Desgleichen gehört hieher ein Irrthum, der sich bloß auf die Bezeichnung des Gegenstandes bezieht, während über den Gegenstand selbst kein Zweifel Statt findet [9]). Soviel von obligatorischen Verträgen.

3. Bei der Eingehung der Ehe wirkt ein Irrthum über die Identität der Person durchaus vernichtend. Hierüber und über Alles, was damit im Zusammenhange steht, wird das Nähere vorgetragen werden im §. 681.

4. Letztwillige Dispositionen werden im Fall eines **Error in corpore** als nichtig betrachtet, es mag nun der Irrthum die Person des zu Honorirenden, z. B. die Person des einzusetzenden Erben, oder auch den Gegenstand des zu verleihenden Rechts betreffen, wie wenn der Testator bei einem Vermächtnisse eine Sache mit der andern verwechselt [10]). Dagegen ist ein bloßer Irrthum in der Bezeichnung auch bei letztwilligen Verfügungen ohne Nachtheil, sobald man nur außer Zweifel darüber ist, welche Person und welche Sache eigentlich gemeint sind [11]).

Alles Bisherige nun bezog sich auf die Voraussetzung eines Irrthums, welcher den Inhalt, den Gegenstand einer Willenserklärung betrifft.

Es bleibt jetzt noch übrig, von jener gleich im Eingange des Paragraphen erwähnten zweiten Art des Irrthums zu sprechen — ich meine den Fall, da bloß der Beweggrund, der Jemanden zu einer Willenserklärung bestimmte, auf irrigen Voraussetzungen beruht. Es fragt sich, wirkt auch ein solcher Irrthum vernichtend? — Es kann sein, daß Jemand, indem er seinen Willen erklärt, die **Causa**, die ihn zu dieser Erklärung bestimmt, angibt, und die Gültigkeit der Erklärung ausdrücklich von dem Vorhandensein der ihn bestimmenden Thatsachen abhängig macht. Ist dann die Willenserklärung eine solche, die überhaupt die Hinzufügung von Bedingungen gestattet, so wird sie

9) L. 9. §. 1. D. eod. »Si in nomine dissentiamus, verum de corpore constet, nulla dubitatio est, quin valeat emtio et venditio; nihil enim facit error nominis, cum de corpore constet.«

10) L. 9. pr. et §. 1. D. d. hered. inst. XXVIII, 5.

11) §. §. 29. 30. I. d. legat. II, 20. L. 33. pr. D. d. cond. et demonstrat. XXXV, 1. L. 34. pr. D. eod.

Digitized by Google

allerdings nur unter der Voraussetzung wirksam sein, daß es mit den bezeichneten Thatsachen seine Richtigkeit hat. — Wie nun aber, wenn es an einer solchen ausdrücklichen Verwahrung fehlt? Im Allgemeinen und namentlich bei Verträgen ist die Regel die: Beweggründe, welche auf irrigen Voraussetzungen beruhen, thun der Wirksamkeit der abgegebenen Erklärung keinen Eintrag [12]), wiewohl sie möglicher Weise zur Anstellung der Condictio indebiti berechtigen können. Auf diesen letzten Punkt werde ich im folgenden Paragraphen zurückkommen. So nun verhält es sich der Regel nach. Diese Regel leidet jedoch bei letztwilligen Dispositionen folgende Modification: Läßt es sich zeigen, daß der Testator bei einer Anordnung, die er getroffen, von der irrigen Voraussetzung gewisser Thatsachen ausgegangen ist, und daß er, wenn er seinen Irrthum gekannt hätte, jene Anordnung ganz und gar würde unterlassen haben, so hat die Anordnung die Wirkung nicht, die ihr an und für sich zukommt [13]). Ob die letztwillige Verfügung in unserm Fall ipso jure nichtig ist, oder nur durch eine exceptio entkräftet werden kann, darüber lassen die angeführten Stellen Zweifel. Ich bin jedoch geneigt das Letzte anzunehmen.

§. 88.

e. Uebrige rechtliche Folgen.

Hieher gehört Folgendes:

1. Wer indebite einem Andern etwas geleistet hat, in der irrigen Voraussetzung, dazu verbunden zu sein, der kann darauf klagen, daß der frühere Zustand wiederhergestellt werde, und die zu diesem Zweck bestimmte Klage ist die Indebiti condictio. Hat also Jemand z. B. eine Sache geleistet, so kann er deren Zurückgabe fordern. Ferner: Wenn Jemand in der irrigen Voraussetzung dazu verpflichtet zu sein, mit einem Andern einen Vertrag eingeht, durch welchen er sich zu irgend einer Leistung anheischig macht, so kann er darauf klagen, von der übernomme-

12) L. 52. L. 65. §. 2. D. d. cond. indeb. XII, 6. §. 31. I. d. legat.

13) L. 72. §. 6. D. d. cond. et demonstrat. L. 4. C. d. hered. inst. VI, 24.

Digitized by Google

nen Verpflichtung befreit zu werden [1]). Ein Mehres hierüber wird im Obligationenrecht vorkommen. §. §. 637. 638.

2. Wenn bei dem Kauf der Käufer über die Eigenschaften der erkauften Sache im Irrthum ist, so stehen ihm zur Anfechtung des Kaufes eigenthümliche Klagen zu Gebote, die sich aus dem Aedilitischen Edict herschreiben, worüber das Nähere im Obligationenrecht, §. 501 folg.

3. Der Irrthum kann Veranlassung geben zu einer in integrum restitutio. Davon im §. 190.

4. Gelegentlich kann ein Geschäft, welches mehr oder weniger ungültig wäre, wenn man die wahre Beschaffenheit der Umstände in Betracht zöge, wegen eines dabei vorgefallenen Irrthums, volle Wirkung haben. Ein Beispiel dieser Art ist unter Andern dieses: Wenn ein Filiusfamilias, der allgemein für einen Paterfamilias gehalten wird, ein Gelddarlehn aufnimmt, so findet das SCtum Macedonianum keine Anwendung [2]).

5. Jede Verjährung, wie weit sie bona fides fordert, setzt eben darum auch einen Irrthum voraus. So wird also z. B. bei der Ersitzung des Eigenthums der Irrthum eine Quelle des Erwerbs. Das Nähere in der Folge. §. §. 153. 258.

6. Ist zu bemerken, daß das Nichtwissen eines Umstandes gelegentlich die unterlassene Beobachtung einer peremtorischen Frist unschädlich machen kann. Dahin gehört z. B. die Frist, innerhalb welcher derjenige, dem eine Vormundschaft deferirt ist, seine Entschuldigungsgründe anbringen muß.

§. 89.

b. Verhältniß zu dem Unterschiede zwischen Juris und facti ignorantia.

I. Juris ignorantia.

Im Allgemeinen ist die Regel die: das Recht soll Jeder kennen. Es wird nicht verlangt, daß Jeder ein Rechtsgelehrter

1) Ein Beispiel dieser Art findet sich in L. 5. §. 1. D. d. A. E. V. XIX, 1. Die incerti condictio, von welcher in dieser Stelle die Rede ist, ist eine indebiti condictio.

2) L. 3. pr. D. d. SCto Macedon. XIV, 6. — Ein Beispiel anderer Art enthält §. 7. I. d. testam. ordin. II, 10.

Digitized by Google

sei; aber: Wer keine unmittelbare Kenntniß vom Rechte besitzt, soll wenigstens bei rechtskundigen Personen sich Raths erholen [1]). Wenn daher Jemand sich auf seine Unkenntniß des Rechts beruft, so wird angenommen, sie sei verschuldet. Seine Unwissenheit hilft ihm nichts; wohl aber kann sie ihm schaden [2]). Dieser Grundsatz unterliegt nun aber gewissen Modificationen. Ich will zuvörderst diejenigen bezeichnen, welche von allgemeinerer Beziehung sind; von der besondern Begünstigung gewisser Classen von Personen behalte ich mir vor, nachher zu sprechen. Zu jenen allgemeineren Modificationen nun aber gehört Folgendes:

1. Die Nichtkenntniß des Gewohnheitsrechts, inwiefern dieses notorisch ist, muß allerdings für imputabel geachtet werden. Es gilt davon ganz dasselbe, was von dem s. g. geschriebenen Rechte gilt. Aber wenn ein Gewohnheitsrecht den Charakter der Notorietät nicht an sich trägt, und Jemand die einzelnen Vorgänge, an denen es erkannt werden kann, ignorirt, so verdient er gewiß Entschuldigung. Hier tritt die Unkenntniß des Rechts in das Gebiet der **Facti ignorantia.**

2. Es läßt sich denken, daß Jemand, der nicht in der Lage ist, sich selbstständig die erforderliche Kenntniß des Rechts zu verschaffen, durchaus keine Gelegenheit hat finden können, einen Rechtskundigen zu Rathe zu ziehen. Der Fall wird selten vorkommen; aber wenn er vorkommt, so verdient der Irrende Entschuldigung [3]).

3. Erleidet unsere Regel eine allgemeine Modification durch die in L. 7. und L. 8. D. h. t. enthaltenen Sätze. »**Juris ignorantia non prodest acquirere volentibus, suum vero petentibus non nocet.**« — »**Error facti ne maribus quidem in damnis vel compendiis obest: juris autem error nec feminis in compendiis prodest; ceterum omnibus juris error in damnis amittendae rei suae non nocet.**« — Ueber die eigentliche Bedeutung derselben sind die neueren

1) L. 10. D. d. bonor. poss. XXXVII, 1. L. 2. §. ult. D. quis ordo in bonor. possess. servetur. XXXVIII, 15.

2) L. 9. pr. et §. 3. D. h. t. »Regula est, juris quidem ignorantiam cuique nocere, facti vero ignorantiam non nocere.« 3) cit. L. 9. §. 3. D. h. t. »— — — Quod raro accipiendum est.«

Digitized by Google

Rechtsgelehrten nicht durchaus Einer Meinung [4]). Die richtige Ansicht ist folgende: In solchen Fällen, in welchen es darauf ankommt, einen bevorstehenden Verlust an dem, was schon zu unserm Vermögen gehört, abzuwenden; in Fällen dieser Art wird die Unwissenheit des Rechts einem Jeden zu Gute gehalten. Dagegen: ist der Verlust kein solcher, der nur erst bevorsteht, hat Jemand von dem Seinigen wirklich bereits etwas verloren, so kommt ihm die Unwissenheit im Rechte nicht zu Statten. Namentlich kann er dasjenige, was er in Folge eines Rechtsirrthums indebite gezahlt hat, mit der Condictio indebiti nicht zurückfordern [5]). Noch viel weniger aber darf Jemand sich da auf einen Rechtsirrthum berufen, wo es auf einen Gewinn, auf ein Compendium, abgesehen ist. Vielmehr findet hier der obige Satz Anwendung: »Juris ignorantia non prodest acquirere volentibus.« Daher kann denn auch derjenige, welcher eine fremde Sache aus einem Rechtsirrthum für die seinige hält, diese Sache nicht usucapiren [6]).

Soviel in Betreff der allgemeineren Modificationen unseres Grundsatzes. Ich wende mich nunmehr zu den besondern Begünstigungen gewisser Personen. Zu diesen gehören:

1. Personen weiblichen Geschlechts [7]). Sie sind darin begünstigt, daß sie, selbst das aus einem Rechtsirrthum bereits Gezahlte, mittelst der Indebiti condictio zurückfordern können [8]). In Bezug auf den Gewinn sind sie der allgemeinen Regel unterworfen; hier also kommt ihnen die Juris ignorantia nicht zu Statten [9]).

4) Siehe Glück, XXII. S. 316. folg.

5) L. 10. C. h. t. »Cum quis jus ignorans indebitam pecuniam solverit, cessat repetitio. Per ignorantiam enim facti tantum indebiti soluti repetitionem competere, tibi notum est.« (Siehe indessen Mühlenbruch, Pand. §. 96. n. 2., §. 380. n. 8. und die daselbst angeführten Stellen.)

6) L. 4. D. h. t. L. 2. §. 15. D. pro emtor. XLI, 4. L. 2. L. 3. C. h. t.

7) L. 9. pr. D. h. t. »— — minoribus viginti quinque annis jus ignorare permissum est; quod et in feminis in quibusdam causis propter sexus infirmitatem dicitur; et ideo, sicubi non est delictum, sed juris ignorantia, non laeduntur.«

8) L. 25. §. 1. D. d. probat. XXII, 3. L. 9. C. ad SCtum Vellej. IV, 29.

9) L. 8. D. L. 3. C. h. t. L. 11. C. eod. L. 6. C. qui admitti ad bonor. poss. possunt etc. VI, 9. »Juris ignorantiam nec mulieribus prodesse in edicti perpetui cursu de agnoscenda bonorum possessione, manifestum est.«

Digitized by Google

2. Gehören hieher Bauersleute und auch wohl Andere, denen, ihrer Individualität nach, Einfalt und Mangel an Geschäftskenntniß mag zu Gute gehalten werden. Dergleichen Personen sind in gleicher Art, wie die Frauen, namentlich in Ansehung der Indebiti condictio begünstigt [10]). Bei weitem mehr sind

3. die Minderjährigen begünstigt. Sie brauchen das Recht nicht zu kennen [11]). Daher haben sie nicht nur die Indebiti condictio in gleichem Umfange, wie die vorhin bezeichneten Personen [12]), sondern der Rechtsirrthum wird ihnen sogar da zu Gute gehalten, wo es sich um Gewinn handelt [13]).

4. Die Soldaten sind in derselben Art begünstigt, wie die Minderjährigen [14]).

Uebrigens sind die hier als begünstigt aufgezählten Personen auch darin von der Regel ausgenommen, daß ihnen in einem gewissen Maße der Rechtsirrthum bei Vergehungen zu Statten kommt [15]).

II. Facti ignorantia.

Die Facti ignorantia ist weit mehr begünstigt, als die Juris ignorantia. Der Unterschied zwischen Verlust und Gewinn kommt hier nicht in Betracht [16]). — Namentlich wird durch Facti ignorantia die Usucapion begründet [17]). Allerdings aber fordert man, daß dem Unwissenden nicht etwa eine große Nach-

10) cit. L. 25. §. 1. D. d. probat. Ueber Rusticitas siehe Mühlenbruch im Archiv f. d. civilist. Praxis. Bd. II. S. 446. folg.

11) cit. L. 9. pr. D. h. t. S. ob. Anm. 7.

12) cit. L. 25. §. 1. D. d. probat. L. 2. C. si advers. solut. a tutore vel a se fact. etc. II, 33.

13) L. 11. C. h. t. »Quamvis in luero nec feminis jus ignorantibus subveniri soleat, attamen contra aetatem adhuc imperfectam locum hoc non habere, retro principum statuta declarant.«

14) cit. L. 25. §. 1. D. d. probat. L. 1. C. h. t. L. 9. §. 1. D. eod. »Si filiusfamilias miles, a commilitone heres institutus, nesciat, sibi etiam sine patre licere adire, per constitutiones principales jus ignorare potest, et ideo ei dies additionis non cedit.«

15) Ich verweise unter anderen auf L. 38. §. §. 2. 7. D. ad leg. Jul. d. adulter. XLVIII, 5. (Unterschied zwischen incestus jure gentium und solo civili jure prohibitus.)

16) L. 8. D. h. t. Der Grund dieses Unterschiedes findet sich in L. 2. D. h. t. angedeutet: »In omni parte error in jure non eodem loco, quo facti ignorantia haberi debebit, quum jus finitum et possit esse et debeat, facti interpretatio plerumque etiam prudentissimos fallat.«

17) L. 4. D. h. t.

Digitized by Google

läſſigkeit vorgeworfen werden könne [18]). Dieſer Vorwurf wird ihm in der Regel gemacht werden können, wenn ſeine Unwiſſenheit ſich auf eigene Handlungen bezieht [19]). Daher pflegt man zu ſagen: die Ignorantia facti proprii ſchadet; nur bei der Indebiti condictio kommt auch ſie dem Irrenden zu Statten [20]). Bei der Ignorantia facti alieni gilt gerade die umgekehrte Regel: Regelmäßig wird eine ſolche Ignoranz dem Unwiſſenden zu Gute gehalten [21]).

II. Von den Rechtsgeſchäften. (§. §. 90-117.)

A. Von den Rechtsgeſchäften überhaupt. (§. §. 90-109.)

§. 90.

a. Begriff und Eintheilungen.

Unter einem Rechtsgeſchäft verſteht man eine Willenserklärung, oder auch einen Complexus von Willenserklärungen, wodurch Rechtsverhältniſſe aufgehoben oder begründet werden ſollen. Allemal alſo iſt der Zweck eine Rechtsveränderung [1]).

Nach der Verſchiedenheit der beabſichtigten Rechtsveränderung ſelbſt und nach der Verſchiedenheit der Mittel, ſie zu bewirken — hiernach beſtimmt ſich der eigenthümliche Charakter der einzelnen Rechtsgeſchäfte. Zu dieſer Eigenthümlichkeit einzelner Rechtsgeſchäfte ſteht in Beziehung folgende Terminologie: Die Vorausſetzungen, welche der Begriff eines beſtimmten Rechtsgeſchäfts er-

18) L. 3. §. 1. L. 6. L. 9. §. 2. D. h. t. »Sed facti ignorantia ita demum cuique non nocet, si non ei summa negligentia objiciatur; quid enim si omnes in civitate sciant, quod ille solus ignorat? Et recte Labeo definit: scientiam neque curiosissimi, neque negligentissimi hominis accipiendam, verum ejus, qui eam rem diligenter inquirendo notam habere possit.«

19) Hierauf deutet hin L. 3. pr. D. h. t. »Plurimum interest, utrum quis de alterius causa et facto non sciat, an de jure suo ignoret.«

20) L. 22. pr. D. d. cond. indeb. XII, 6. L. 19. §. 6. D. locat. conduct. XIX, 2.

21) L. 5. §. 1. D. pro suo. XLI, 10. »— — quia in alieni facti ignorantia tolerabilis error est.«

1) Heiſe in ſeinem Grundriß, B. I. Kap. VI. §. 149. rechnet zu den Rechtsgeſchäften auch die Proteſtation u. Reſervation, und gewiß mit Recht. Aber ſie ſind doch nicht ſowohl ſelbſt Rechtsgeſchäfte, als vielmehr etwas, was bei anderen Rechtsgeſchäften vorkommen kann.

Digitized by Google

fordert, dergestalt, daß ohne sie das Geschäft gar nicht als vorhanden angesehen werden kann — diese Voraussetzungen faßt man zusammen unter dem Ausdruck »substantia negotii,« oder auch »essentialia negotii.« Wenn man dagegen von der Natur eines Rechtsgeschäfts spricht, so denkt man dabei an diejenigen rechtlichen Folgen eines Geschäftes, welche nach gesetzlichen Bestimmungen von selbst eintreten, dergestalt, daß es gar nicht nöthig ist, sie noch besonders zu bevorworten. Im Lateinischen sagt man »natura negotii;« »ea, quae naturaliter insunt negotio;« »naturalia negotii.« Endlich: Alles, was bei einem Rechtsgeschäft sich nicht von selbst versteht, sondern seinen Grund lediglich in der besondern Anordnung desjenigen hat, der das Rechtsgeschäft vornimmt, oder in der besondern Vereinbarung der mehren Personen, welche dabei concurriren — das Alles bezeichnet man unter dem Namen »accidentalia negotii.« Durch diese accidentalia kann die Natur des Geschäfts verändert werden überall, wo die gesetzlichen Bestimmungen über die rechtliche Folge desselben nur subsidiärer Art sind. Ungültig dagegen sind solche Festsetzungen, welche gegen ein gesetzliches Verbot anstoßen. — In Hinsicht des Sprachgebrauchs muß ich noch bemerken: Von den angeführten Ausdrücken kommen folgende: **substantia, natura und naturaliter inesse** auch in unsern Quellen vor, nur scheinen die Römer nicht so streng zwischen **substantia** und **natura** unterschieden zu haben, wie man es heutiges Tages thut [2]). Uebrigens sind die Ausdrücke **essentialia, naturalia, accidentalia** den Quellen fremd.

Ich wende mich nunmehr zu den Eintheilungen der Rechtsgeschäfte, unter welchen vornämlich folgende angeführt zu werden verdienen: Man unterscheidet

1. zwischen einseitigen und mehrseitigen Rechtsgeschäften. Zu jenen reicht die Erklärung eines Einzigen hin, z. B. zur Errichtung eines Testaments. Dagegen besteht das Wesen mehrseitiger Rechtsgeschäfte darin, daß sie die Erklärung von mehr als Einer Person erfordern. Dies z. B. ist der Fall bei

2) Vgl. §. 2. I. d. societ. III, 25. (26.)

Verträgen. Jeder Vertrag setzt die übereinstimmende Willenserklärung von wenigstens zwei Personen voraus.

2. Man unterscheidet zwischen Rechtsgeschäften von Todes wegen und Rechtsgeschäften unter Lebendigen, **Negotia mortis causa** und **Negotia inter vivos**. Unter einem **Negotium mortis causa** im eigentlichen Sinne versteht man ein solches, mittelst dessen Jemand über etwas, was nach seinem Tode geschehen soll, in der Art verfügt, daß der Rechtsbestand dieser Verfügung durch seinen Tod bedingt wird. Ein solches Geschäft kann möglicher Weise ein zweiseitiges sein. Dieses ist der Fall bei Schenkungen von Todes wegen. In der Regel aber besteht das Geschäft in einer einseitigen Willenserklärung. Eine solche einseitige Willenserklärung darüber, wie man es nach seinem Tode wolle gehalten wissen, wird eine letztwillige Erklärung, eine **ultima voluntas** genannt. Eine solche letztwillige Erklärung kann der, der sie abgegeben, jeden Augenblick wieder zurücknehmen, denn bei seinem Leben erhält Niemand ein Recht daraus, und deswegen ist denn auch Einer daran durchaus nicht gebunden. **Negotia inter vivos** sind alle Rechtsgeschäfte, deren Rechtsbestand nicht von dem Tode der handelnden Personen abhängt. Dahin gehören in der Regel die Verträge.

3. Eine dritte Eintheilung ist die in feierliche und unfeierliche. Im Lateinischen sagen die Neuern: **Negotia sollemnia** und **Negotia minus sollemnia**. — Bei den unfeierlichen Rechtsgeschäften bedarf es nur eben derjenigen Handlung, welche nach der Natur der Sache der Zweck des Geschäfts nothwendig mit sich bringt. So z. B. ist zum Abschluß eines Kaufvertrages weiter nichts nothwendig, als daß beide Theile sich über den Gegenstand des Verkaufs und über den zu zahlenden Preis einigen. Dagegen bedarf es bei feierlichen Rechtsgeschäften noch mancher anderer durch die Natur der Sache nicht gegebener Förmlichkeiten. So erfordert z. B. die Errichtung des Privattestaments der Regel nach die Zuziehung von sieben Zeugen, während der Natur der Sache nach ein schriftliches Testament auch ohne alle Zeugen bestehen könnte, und bei einem mündlichen auch zwei schon zureichend sein würden.

Digitized by Google

4. Unterscheidet man zwischen solchen Rechtsgeschäften, wodurch Jemandem ein Vortheil gegen Entgelt zugewandt wird, und solchen, wodurch Jemandem ein Vortheil unentgeltlich verschafft wird, wodurch er also, wie die Römer sagen, irgend etwas ex lucrativa causa erhält. Die Rechtsgeschäfte der ersten Art nennen die Neuern Negotia onerosa, die der zweiten Negotia lucrativa.

5. Mag hier noch der Unterschied genannt werden zwischen bedingten und unbedingten Rechtsgeschäften, desgleichen zwischen solchen, wobei Zeitbestimmung vorkommt, und solchen, wobei dieses nicht der Fall ist. Im §. 95. u. d. folg. werden diese Unterschiede weiter erörtert werden. Nur über die Ausdrücke »pure« und »purus,« die so oft in Bezug auf Rechtsgeschäfte vorkommen, will ich gleich jetzt ein Wort sagen. Nämlich häufig spricht man davon, es sei etwas pure angeordnet, pure verabredet, und ebenso nennt man die Anordnung, die Verabredung selbst eine pura. So z. B. spricht man von einer Obligatio pure contracta, von einer pura obligatio. Diese Ausdrücke werden in einer zweifachen Bedeutung gebraucht: 1. zur Bezeichnung der gänzlichen Abwesenheit von Bedingung und Zeitbestimmung überhaupt; 2. aber auch dann, wenn man nur die Abwesenheit von Suspensivbedingungen und Anfangsterminen andeuten will. In diesem Sinne sagt man z. B. von einem unter einer Resolutivbedingung geschlossenen Geschäfte, es sei pure eingegangen, sobald nur dabei keine Suspensivbedingung und kein Anfangstermin im Spiele ist.

b. Erfordernisse zur Gültigkeit. (§. §. 91 - 94.)

§. 91.

a. In Ansehung der Subjecte.

Außer der Hauptperson kommen bei Rechtsgeschäften oftmals auch Nebenpersonen in Betracht. Was nun zunächst die Hauptperson betrifft, so bringt die Natur der Sache es mit sich, daß sie vor Allem die Fähigkeit besitzen müsse, vernünftig zu wollen. Wem es an dieser ganz und gar fehlt, der ist zu allen Rechtsgeschäften schlechthin unfähig, wie der Wahnsinnige;

Digitized by Google

wer sie besitzt, aber nur in einem geringern Grade, der ist wenigstens zu solchen Rechtsgeschäften unfähig, welche eine besonders ernste, reife Ueberlegung voraussetzen. Daher sind z. B. Unmündige, wenn sie gleich nicht mehr Infantes sind, doch unfähig, ein Testament zu errichten. Bei der Fähigkeit, zu wollen, kommt ebenfalls nach der Natur der Sache auch die Fähigkeit in Betracht, diesen Willen in der gehörigen Weise zu äußern. — Die bei einem Rechtsgeschäft zu beobachtende eigenthümliche Form kann gewisse körperliche Eigenschaften erfordern. So z. B. erfordert die Errichtung eines Testaments, daß man seinen Willen durch Worte zu erkennen gebe, und daher kann der Stumme, wenn er des Schreibens unkundig ist, kein Testament errichten. So viel in Betreff der natürlichen Eigenschaften. Was aber die juristischen Eigenschaften betrifft, so muß begreiflicher Weise derjenige, der durch das Rechtsgeschäft ein Recht erwerben soll, die juristische Fähigkeit besitzen, das Subject dieses Rechts zu sein, und wer durch das Geschäft eine Verbindlichkeit übernehmen soll, muß dieser Verbindlichkeit juristisch fähig sein. So besitzen z. B. heutiges Tages nur gewisse Personen die juristische Fähigkeit, wechselmäßig verpflichtet zu sein. Aber nicht blos in den bisher angedeuteten Beziehungen, sondern auch noch in einer andern kommt die juristische Befähigung in Betracht: Wer seinen letzten Willen erklärt, erwirbt dadurch kein Recht, und ebensowenig übernimmt er dadurch eine Verbindlichkeit — dennoch aber kommt es auch bei ihm auf gewisse juristische Eigenschaften an. Es gibt Personen, denen es an der natürlichen Fähigkeit zur Errichtung eines letzten Willens keineswegs fehlt, die dazu aber aus juristischen Gründen unfähig sind. Dahin gehören z. B., wie wir bereits im §. 51α. gesehen haben, die Apostaten.

Ich habe bisher nur von der Hauptperson gesprochen. Bei manchen Geschäften bedarf es aber auch der Concurrenz gewisser Nebenpersonen, und bei diesen kommt es denn wieder theils auf natürliche, theils auf juristische Befähigung an. So müssen namentlich bei der Errichtung von Privattestamenten, der Regel nach, Zeugen zugezogen werden. Zur Qualification dieser Zeugen genügt es aber noch nicht, daß sie die natürlichen Eigenschaf-

Digitized by Google

ten besitzen, ohne welche Niemand Zeuge sein kann, sondern sie müssen zum Testamentszeugniß auch juristisch befähigt sein. Frauen z. B., wie vollständig sie auch die für einen Zeugen erforderlichen natürlichen Eigenschaften besitzen mögen, sind dennoch zum Testamentszeugniß juristisch unfähig, wie ich bereits im §. 37. bemerkt habe. —

§. 92.

β. In Ansehung des Objects.

1. Der Zweck des ganzen Rechtsgeschäfts muß ein möglicher sein, d. h. ein solcher, der nach der Natur der Sache und der Lage der Umstände erreichbar ist. Denken wir uns ein Rechtsgeschäft, dessen Zweck darin besteht, Jemanden zum Eigenthümer einer schon jetzt zur Zeit des Geschäfts untergegangenen Sache zu machen. Ein Geschäft dieser Art ist an und für sich ungültig, obschon anderweitige Umstände concurriren können, welche demjenigen, welchem das Eigenthum zugesichert wird, Anspruch auf Entschädigung geben. Derselbe Fall tritt da ein, wo von dem Eigenthum an eine Sache die Rede ist, welche dem Verkehr dergestalt entzogen ist, daß sie überall in keines Privatmannes Eigenthum sein kann.

2. Der Zweck muß ein erlaubter sein. Das Geschäft also darf nicht in die Zahl der verbotenen gehören, es muß möglich sein auch in dem Sinne, daß der Zweck ohne Verletzung eines Verbots erreicht werden kann. In den Gesetzen nun finden wir manche specielle Verbote, die gegen einzelne bestimmte Arten von Dispositionen von Verträgen gerichtet sind. Dahin gehört z. B. das Verbot gewisser Spielverträge. Neben diesen speciellen Verboten kommen nun aber auch Verbote vor von umfassenderem Inhalt. So sind alle und jede Verträge untersagt, die irgend eine unsittliche Beziehung haben, wie wir in der Folge mit Mehrem sehen werden im §. 432.

3. Ueber fremde Sachen geradezu zu disponiren, z. B. auf Jemanden unmittelbar das Eigenthum einer Sache zu übertragen, welche irgend einem Dritten angehört, ist unzulässig. Niemand kann einem Andern in der Regel mehr Rechte geben, als

Digitized by Google

er selbst hat [1]). Wohl aber kann man sich anheischig machen, Jemandem die Sache irgend eines Dritten zu verschaffen.

4. Wenn die Frage entsteht, ob und inwiefern man bei einem Rechtsgeschäft über die Handlungen dritter Personen disponiren kann, so ist die Antwort diese: In einem letzten Willen demjenigen, welchem man irgend etwas hinterlassen hat, die Verpflichtung aufzulegen, einem Andern etwas zu leisten, ist vollkommen zulässig. Und zwar ist das um so unbedenklicher, als derjenige, dem wir eine solche Verpflichtung auferlegen, diese nur insofern überkommt, als er dasjenige, was wir ihm hinterlassen haben, in der That erwirbt, dieser Erwerb aber ist der Regel nach eine Sache, die ihm nicht aufgedrungen wird, und so ist es denn in der Regel sein eigner freier Wille, wenn ihn die Last jener Verpflichtung trifft, die wir ihm auflegten. — Bei Verträgen aber ist die Regel diese: Ein Vertrag ist ungültig, inwiefern es die Obligirung eines Dritten bezweckt, nicht nur, daß der Dritte dadurch nicht verbunden wird, sondern auch derjenige selbst, welcher die Handlung eines Dritten verheißt, wird durch diese Zusage nicht verpflichtet. Anders wenn Jemand verspricht, es zu bewirken, daß ein Dritter dieses oder jenes leiste; da ist es eine eigne Handlung, zu der er sich anheischig macht. Das Nähere in der Lehre von den Verträgen. (§. §. 433. 435.)

5. Eine der eben aufgeworfenen verwandte Frage ist die: kann man mittelst eines Rechtsgeschäftes zu Gunsten solcher Personen disponiren, welche selbst an diesem Rechtsgeschäfte keinen Theil nehmen? In Bezug auf letztwillige Dispositionen ist die Frage unbedenklich zu bejahen. Wenn ich Jemanden zum Erben einsetze, wenn ich ihm ein Vermächtniß hinterlassen will, so brauche ich ihn nicht erst zu fragen. — Aber bei Verträgen ist die Regel diese: Ein Vertrag ist ungültig, durch welchen ich mir eine Leistung versprechen lasse, nicht an mich, sondern an einen Dritten. Nicht nur, daß dieser Dritte aus dem Vertrage kein Recht erhält, sondern ich selbst bin nicht befugt, auf Erfül-

1) L. 54. D. d. R. J. »Nemo plus juris ad alium transferre potest, quam ipse habet.«

Digitized by Google

lung des mir geleisteten Versprechens zu dringen. Das Nähere auch hierüber in der Lehre von den Verträgen. (§. 434.)

γ. In Ansehung der Form.

§. 93.

αα. Allgemeine Grundsätze.

Es gibt Rechtsgeschäfte, bei welchen es auf die Beobachtung einer ganz besondern, eigenthümlichen Form ankommt. Bisweilen müssen Zeugen zugezogen werden, bisweilen bedarf es obrigkeitlicher Bestätigung u. s. w. Aber neben dieser besondern Form gibt es auch etwas Gemeinsameres. Nämlich das Gemeinsame in der Form aller Rechtsgeschäfte ist dieses, daß dabei jederzeit eine Willenserklärung im Spiele ist. Und nur davon kann hier die Rede sein. Bei jeder Willenserklärung kommt es wiederum auf zwei Punkte an:

A. auf die Willensbestimmung und

B. auf die Aeußerung des Willens.

Bei der Willensbestimmung wird die Möglichkeit ruhiger Ueberlegung vorausgesetzt, und daher ist eine Willenserklärung in der ersten Hitze der Leidenschaft ohne rechtliche Wirkung [1]). Ferner ist erforderlich, daß derjenige, welcher sich erklärt, es ernstlich meine. Eine bloß beiläufige Aeußerung, oder gar eine solche, die auf einen bloßen Scherz berechnet ist, hat ebenfalls keine rechtliche Wirkung [2]). Und ebensowenig wird ein simulirtes Rechtsgeschäft beachtet, d. h. ein solches, welches bloß des Scheines wegen eingegangen ist [3]). Häufig ist hier der Fall der, daß zwei verschiedene Rechtsgeschäfte eingegangen werden: mit dem einen, welches man geheim hält, ist es Ernst, das andere, davon abweichende, welches man öffentlich abschließt, ist nur auf den Schein berechnet. In einem solchen Falle wird rechtlich lediglich das ernstlich gemeinte Geschäft berücksichtigt [4]).

1) L. 48. D. d. R. J. »Quicquid in calore iracundiae vel fit, vel dicitur, non prius ratum est, quam si perseverantia apparuit, judicium animi fuisse; ideoque brevi reversa uxor nec divertisse videtur.«

2) L. 24. D. d. testam. milit. XXIX, 1. L. 3. §. 2. D. d. O. et A. XLIV, 7.

3) L. 54. D. eod.

4) L. 1. bis L. 4. C. IV, 22. Plus valere quod agitur, quam quod simulate concipitur.

Digitized by Google

Von den Einflüssen, welche Zwang, Betrug und Irrthum auf die rechtlichen Folgen von Willenshandlungen haben, ist bereits früher die Rede gewesen. (§. §. 84—89.)

Was nun die Mittel der Willensäußerung betrifft, so sind das gewöhnlichste Mittel Worte. Sollen nun durch diese Personen oder Sachen bezeichnet werden, so kann dieses häufig durch Angabe der denselben zukommenden Eigennamen geschehen. Aber eben so gut können Personen und Sachen auch durch Angabe anderer Merkmale bezeichnet werden. Eine solche anderweitige Bezeichnung nennt man Beschreibung, **Demonstratio**. Sie kann mit der Angabe des Namens verbunden werden, kann aber auch deren Stelle vertreten [5]). Uebrigens ist schon im §. 87. die Rede davon gewesen, daß ein Irrthum in der Bezeichnung von Personen, oder Sachen, also in der Benennung oder Beschreibung derselben ohne Nachtheil ist, sobald man nur darüber im Reinen ist, welche Personen und welche Sachen gemeint sind. — Ferner ist zu bemerken: es kann Jemand seinen Willen wörtlich auch auf die Weise zu erkennen geben, daß er auf irgend eine anderweitige Erklärung bloß Bezug nimmt. Es kann z. B. Jemand bei Errichtung eines Vertrags erklären, er wolle ihn auf dieselbe Bedingung eingehen, auf die ein gewisser anderer eingegangen sei. — Endlich: die wörtliche Erklärung kann eine mündliche sein, oder auch eine schriftliche. Soviel von der Erklärung durch Worte.

Aber die wörtliche Erklärung ist nicht die einzig mögliche. Auch durch andre Handlungen kann man seinen Willen zu erkennen geben, namentlich durch Zeichen, wie wenn Jemand bei einer Frage, die ihm vorgelegt wird, seine Zustimmung zu dem Inhalt derselben durch einen bloßen Wink an den Tag legt [6]). Auch kann es geschehen, daß Worte und andere Aeußerungen des

5) L. 6. D. d. R. C. XII, 1. »Certum est, cujus species vel quantitas, quae in obligatione versatur, aut nomine suo, aut ea demonstratione, quae nominis vice fungitur, qualis quantaque sit ostenditur. Nam et Pedius, — — nihil referre, ait, proprio nomine res appelletur, an digito ostendatur, an vocabulis quibusdam demonstretur, quatenus mutua vice fungantur, quae tantundem praestent.« Vgl. L 34. pr. D. et cond. et demonstrat. XXXV, 1.

6) L. 21. pr. D. d. legat. III. L. 52. §. 10. d. O. et A. XLIV, 7.

Digitized by Google

Willens mit einander verbunden werden. Es erklärt z. B. Jemand seinen Willen in Ansehung einer gewissen Person oder Sache im Uebrigen zwar durch Worte, aber die Person oder Sache selbst bezeichnet er durch körperliches Hinweisen [7]).

Im Allgemeinen sind nun diese mancherlei Mittel für die Willenserklärung zulässig. Indessen kommen allerdings auch Ausnahmen vor. So bedarf es für die Erbeseinsetzung durchaus einer wörtlichen Erklärung, obschon allerdings nicht gerade einer solchen, die, ohne alle Beimischung, bloß aus Worten bestände [8]). Und ferner: ungeachtet es bei der wörtlichen Erklärung im Ganzen gleichgültig ist, ob sie schriftlich oder mündlich abgegeben wird, so kommen doch im Einzelnen Fälle vor, welche die eine oder die andere dieser beiden Arten der Erklärung erfordern.

§. 94.

ββ. Ueber den Gegensatz zwischen ausdrücklichen und stillschweigenden Willenserklärungen insbesondere.

Willensäußerungen können von der Art sein, daß sich die dabei zum Grunde liegende Willensmeinung aus ihnen unmittelbar und ohne alle Schlußfolgerung ergibt. Es kann aber auch sein, daß Nichts vorhanden ist, woraus die Willensmeinung, auf welche es ankommt, sich unmittelbar erkennen ließe, sondern daß man zu der Kenntniß derselben erst durch Schlußfolgerungen gelangt. Diesen Unterschied wird man so bezeichnen dürfen: Es gibt unmittelbare und mittelbare Willensäußerungen, eine Bezeichnung, die zutreffend ist, wenn schon nicht gerade gewöhnlich. Die in Beziehung auf unsern Unterschied hergebrachten Ausdrücke sind: ausdrückliche und stillschweigende Willenserklärung. Aber diese Ausdrücke werden nicht von Allen in Einer und derselben Bedeutung gebraucht. Darin stimmen allerdings Alle überein, daß sie eine unmittelbare Erklärung durch Worte eine ausdrückliche nennen. Allein neuerdings haben

7) cit. L. 6. D. d. R. C. (Note 5.) Vgl. L. 58. pr. D. d. hered. instit. XXVIII, 5.

8) Wie aus cit. L. 58. D. d. hered. inst. erhellt: »Nemo dubitat, recte ita heredem nuncupari posse: hic mihi heres esto: cum sit coram, qui ostenditur.«

Digitized by Google

Viele angefangen, jede unmittelbare Erklärung, auch die nicht durch Worte, sondern durch andere Zeichen von fest bestimmter Bedeutung gegeben wird, eine ausdrückliche zu nennen [1]). Was die stillschweigende Willenserklärung betrifft, so wird der Begriff derselben von Vielen auf die Voraussetzung beschränkt, daß Jemand seinen Willen mittelbar nicht durch Worte, sondern durch anderweitige Handlungen kund gibt. Aber mit Recht geben Andere dem Begriff einer stillschweigenden Willenserklärung eine weitere Ausdehnung, indem sie darunter jede mittelbare Erklärung verstehen [2]). Auch die wörtliche Erklärung ist insoweit eine stillschweigende, als es erst eines vermittelnden Schlusses bedarf, um die eigentliche Absicht desjenigen, welcher sie abgegeben hat, zu erkennen. In unsern Quellen finden sich viele Beispiele von stillschweigenden Willenserklärungen dieser Art [3]). — Uebrigens bedarf einer nähern Erörterung nur der Fall, da Jemand seinen Willen stillschweigend nicht durch Worte, sondern durch anderweitige Handlungen, äußert, oder doch wenigstens nur solche anderweitige Handlungen sich nachweisen lassen. In unsern Quellen kommt für eine stillschweigende Willensäußerung dieser Art der Ausdruck vor, seinen Willen »actu« zu erkennen geben [4]). Die Handlungen, aus welchen auf die Willensmeinung geschlossen wird, können positiver und negativer Art sein. Zuerst von positiven Handlungen. Darüber ist Folgendes zu bemerken: Es versteht sich von selbst, daß aus Handlungen dieser Art auf den Willen des Handelnden immer nur in Hinsicht solcher Verhältnisse geschlossen werden kann, welche dem Handelnden bekannt waren. Ferner: die Handlungen, aus welchen auf die Absicht des Handelnden geschlossen werden soll, dürfen keine erzwungene Handlungen sein. Endlich wird auch erfordert, daß die Handlung,

1) Dies thun namentlich Glück, IV. S. 87. Mackeldey, Lehrbuch, §. 163. Wening-Ingenheim, Gem. Civilr. Bd. I. §. 129. Mühlenbruch, Pand. §. 98.

2) So z. B. Glück, IV. S. 88. folg. Mühlenbruch a. a. O.

3) Ich verweise unter anderen auf L. 69. pr. d. legat. II. L. 15. C. d. fideicommiss. VI, 42.

4) L. 95. D. d. A. vel O. H. XXIX, 2. L. 37. D. ad SCtum Trebell. XXXVI, 1. L. 5. D. Ratam rem hab. XLVI, 8. »Non tantum verbis ratum haberi posse, sed etiam actu: denique si eam litem, quam procurator inchoasset, dominus comprobans persequeretur, non esse commissam stipulationem.«

Digitized by Google

wie man sich auszudrücken pflegt, eine concludente Handlung sei. Unter einer concludenten Handlung aber versteht man eine solche, die, den Umständen nach, vernünftiger Weise, keine andere Deutung zuläßt, als diejenige, welche man ihr beilegt, die Handlung muß also unzweideutig sein. Dahin gehört z. B. der Fall, da der Gläubiger dem Schuldner die von diesem ausgestellte Schuldverschreibung zurückgibt. Wenn nicht besondere Umstände concurriren, welche auf eine andere Absicht hinweisen, so wird man mit Recht annehmen dürfen, der Gläubiger habe die Schuld erlassen wollen [5]). Uebrigens versteht es sich: wie concludent auch immer die Handlung an und für sich sein mag; hat der Handelnde sich gegen die Deutung, welche man ihr beilegen will, eigens verwahrt, so fällt die Deutung weg. Hierauf werde ich im §. 130. zurückkommen. Soviel von der Auslegung positiver Handlungen.

Die einer stillschweigenden Erklärung zum Grunde liegenden Handlungen können nun aber auch negativer Art sein. Und da ist denn ganz besonders wichtig die Frage: Ob und inwieweit daraus, daß Jemand zu einem Vorgange schweigt, auf seine Zustimmung, auf seine Einwilligung geschlossen werden dürfe? Auch hier wird natürlich erfordert, daß der Schweigende von demjenigen, was vorgeht, hinlänglich unterrichtet sei. Sodann muß aber ferner der Fall von der Art sein, daß der Schweigende ein Interesse haben könne zu widersprechen. Wenn z. B. der Pfandgläubiger zur Veräußerung der ihm verpfändeten Sache seine Zustimmung gibt, so wird dieses als Entsagung ausgelegt. Der Gläubiger verliert also sein Pfandrecht, wie wir in der Folge sehen werden. Aber die Veräußerung allein hebt das Pfandrecht des Gläubigers nicht auf. Dieser hat also kein Interesse gegen die Veräußerung zu protestiren, und sonach kann auch aus dem bloßen Schweigen, aus dem bloßen Geschehenlassen von seiner Seite nicht auf Zustimmung und Entsagung geschlossen werden [6]). Dagegen: denken wir uns, ich erfahre, daß ein

5) L. 2. §. 1. D. d. pact. II, 14. Vgl. L. 57. (56.) pr. D. eod. L. 26. §. 1. D. d. pignorib. XX, 1.

6) L. 8. §. 15. D. quib. mod. pignus etc. XX, 6.

Digitized by Google

Anderer, dem ich keinen Auftrag dazu gegeben habe, sich mit einer Angelegenheit befaßt, die mich betrifft; hier ist bei der Frage, ob ich den Andern gewähren lassen soll, oder nicht, offenbar mein Interesse wesentlich im Spiele, und daher wird, wenn ich keinen Widerspruch einlege, mein Stillschweigen als Genehmigung, als Ertheilung eines Auftrages ausgelegt [7]). Ebenso gilt das Schweigen eines Vaters, der um die Verheirathung eines seiner Gewalt unterworfenen Kindes weiß, als Zustimmung [8]). Aber daß Einer weiß, was vorgeht, und daß er möglicher Weise ein Interesse haben kann, zu widersprechen, das ist noch immer nicht genug, er muß sich auch in der Lage befinden, daß es ihm möglich ist, seinen Widerspruch kund zu geben, und zwar ohne unverhältnißmäßigen Aufwand von Mühe und Kosten. Aus dem Gesagten erhellt, daß die Regel des Canonischen Rechts »**Qui tacet, consentire videtur**« [9]) keineswegs buchstäblich genommen, und auf alle Fälle des Schweigens bezogen werden darf. Sie läßt sich nur unter den eben angegebenen Voraussetzungen anwenden. Daher pflegen denn auch die Rechtsgelehrten sie in folgender Art modificirt aufzustellen: »**Qui tacet, cum loqui potuit et debuit, consentire videtur.**« Das »**potuit**« geht auf das Wissen und die Möglichkeit, den Widerspruch kund zu geben, das »**debuit**« auf das Vorhandensein des Interesses.

e. Nebenbestimmungen. (§. §. 95-106.)

DIG. XXXV, 1. De conditionibus et demonstrationibus et causis et modis eorum, quae in testamento scribuntur. — COD. VIII, 55. De donationibus, quae sub modo vel conditione vel certo tempore conficiuntur.

α. Bedingungen. (§. §. 95—102.)

DIG. XXVIII, 7. De conditionibus institutionum. — COD. VI, 25. De institutionibus et substitutionibus et restitutionibus sub conditione factis. VI, 46. De conditionibus insertis tam legatis, quam fideicommissis et libertatibus.

7) L. 60. D. d. R. J.

8) L. 5. C. d. nupt. V, 4. Andere Beispiele siehe: L. 4. §. 3. d. fidejussorib. et nominatorib. XXVII, 7. L. 2. pr. D. ad municipal. et d. incol. L, 1.

9) c. 43 in VI. d. reg. jur. (tit. ult.)

Digitized by Google

§. 95.

aa. Begriff und Eintheilungen.

I. Begriff.

Conditio, **Bedingung** im Sinne des gemeinen Lebens ist jede Bestimmung, wodurch irgend ein Rechtsgeschäft seiner Individualität nach charakterisirt wird. Verschieden davon ist die juristische Bedeutung des Worts. Im **Allgemeinen** bezeichnet, juristisch genommen, der Ausdruck **Conditio** — Bedingung — **jeden Thatumstand, von welchem das Dasein von Rechten oder Verbindlichkeiten abhängt.** Im **engern** und **eigentlichen** Sinne aber, und in diesem nehmen wir hier den Ausdruck, — ist eine Bedingung nur dann vorhanden, wenn

1. jener Thatumstand das Rechtsverhältniß, von welchem die Rede ist, nicht schon seiner Natur nach bedingt; es muß also die Abhängigkeit des Rechtsverhältnisses von diesem oder jenem Thatumstande auf willkürlicher Anordnung beruhen. Daher wird es z. B. keine Bedingung im eigentlichen Sinne des Worts sein, wenn Jemand in seinem Testamente so sagte: Falls A mich überlebt, so soll er mein Erbe sein. — Eine Bedingung, die schon die Natur der Sache mit sich führt, die sich von selbst versteht, wird in den Quellen so bezeichnet: **Conditio tacita**; **Conditio, quae vi ipsa inest**, auch **Conditio juris** im Gegensatze gegen **Conditio facti**. Eine solche Bedingung hat nicht die Wirkung einer willkürlichen eigentlichen Bedingung [1]).

2. Ist zu einer Bedingung im eigentlichen Sinne erforderlich, daß der Thatumstand kein solcher sei, welcher als gegenwärtig oder vergangen gedacht wird; es muß ein künftiger Thatumstand sein. Wird der Thatumstand als vergangen gedacht, so sagt man von der Bedingung, sie sei eine **Conditio, quae in praeteritum confertur**, oder **quae ad praeteritum tempus refertur**; wird dagegen der Thatumstand als gegenwärtig gedacht, so nennt

1) L. 68. D. d. jur. dot. XXIII, 3. »— — — cum omnis dotis promissio futuri matrimonii **tacitam conditionem** accipiat. —« L. 1. D. d. cond. et dem. XXXV, 1. »Legatis, quae relinquuntur, dies aut certus, aut incertus, aut conditio adscribitur, aut si nihil horum factum sit, praesentia sunt, nisi si **vi ipsa** conditio insit.« — L. 99. D. eod. L. 21. D. eod.

Digitized by Google

man die Bedingung eine Conditio, quae ad praesens confertur. Solche Bedingungen nun haben ebenfalls nicht die eigenthümlichen Wirkungen eigentlicher Bedingungen [2]).

3. Endlich der Thatumstand, auf den es ankommen soll, muß ein ungewisser sein, oder doch wenigstens als ungewiß gedacht werden. Durch dieses letzte Merkmal wird der Unterschied einer Bedingung von einer Zeitbestimmung bezeichnet. Und ebendeshalb, weil bei einer Bedingung der Thatumstand, auf den es ankommt, als möglich gedacht wird, bedienten sich die Römer bei Hinzufügung einer Bedingung des Ausdrucks: »Si« (Falls.)

Uebrigens muß ich noch bemerken: die Ausdrücke: Conditio und Bedingung werden nicht nur für den Thatumstand selbst gebraucht, von welchem irgend ein Rechtsverhältniß abhängig ist, sondern auch für die Bezeichnung jenes Thatumstandes. Z. B. der Tod des A ist die Bedingung, auf die es ankommt; der Vertrag ist unter der und der Bedingung geschlossen, d. h. mit der Bestimmung, daß es auf den und den Umstand ankommen solle.

II. Eintheilungen.

1. Dasjenige, was durch eine Bedingung gefordert wird, kann die Existenz einer Thatsache sein, ebensogut aber auch die Nichtexistenz derselben [3]). Unsere Neueren: Conditio affirmativa, negativa.

2. Conditiones casuales — potestativae — mixtae [4]).

2) L. 37-39. D. d. R. C. XII, I. »Quum ad praesens tempus conditio confertur, stipulatio non suspenditur, et si conditio vera sit, stipulatio tenet, quamvis tenere contrahentes conditionem ignorent; veluti: si rex Parthorum vivit, centum mihi dare spondes? Eadem sunt, et quum in praeteritum conditio confertur; — Respiciendum enim est, an, quantum in natura hominis sit, possit sciri eam debitum iri. — Itaque tunc potestatem conditionis obtinet, quum in futurum confertur.« Vgl. L. 10. §. 1. D. d. cond. instit. XXVIII, 7.

3) L. 60. pr. D. d. cond. et dem. »In facto consistentes conditiones varietatem habent, et quasi tripertitam recipiunt divisionem, ut quid detur, ut quid fiat, ut quid obtingat, vel retro, ne detur, ne fiat, ne obtingat.« — L. 7. D. eod. »— — in conditionibus, quae in non faciendo sunt conceptae — —.«

4) L. un. §. 7. C. d. caduc. tolend. VI, 51. »Sin autem aliquid sub conditione relinquatur vel casuali, vel potestativa, vel mixta, quarum eventus ex fortuna, vel ex honoratae personae voluntate, vel ex utroque pendeat — —.«

Digitized by Google

a. **Casualis conditio**, eine zufällige Bedingung. Dahin gehören zunächst diejenigen Bedingungen, welche schlechthin zufällig genannt werden müssen, d. h. diejenigen, deren Erfüllung oder Nichterfüllung ganz und gar außer dem Gebiete menschlicher Willkür oder wenigstens außer dem Gebiete menschlicher Berechnung liegt — ein Naturereigniß, die Erlangung eines Amts; sodann diejenigen, welche wenigstens in Hinsicht derjenigen Personen, welchen sie vorgeschrieben sind, als zufällig zu betrachten sind, indem ihre Erfüllung von der bloßen Willkür dritter Personen abhängt, ohne daß dabei die Willkür desjenigen selbst im Spiele wäre, dessen Recht von der Bedingung abhängt.

b. **Potestativa conditio**, eine willkürliche Bedingung — eine Bedingung, deren Erfüllung nach dem gewöhnlichen Laufe der Dinge von der bloßen Willkür eben desjenigen abhängt, dessen Recht dadurch bestimmt werden soll; sie heißt auch **promiscua conditio** [5]).

c. **Mixta conditio**, eine vermischte, gemischte Bedingung — die nicht erfüllt werden kann ohne die Mitwirkung desjenigen, auf dessen Recht sie sich bezieht, zu deren Erfüllung aber zugleich irgend ein anderer von seiner Willkür unabhängiger Umstand concurriren muß; z. B. wenn **A** die **B** heirathet.

3. Mögliche — unmögliche Bedingungen. Der Begriff der Unmöglichkeit, welcher bei dieser Eintheilung zum Grunde liegt, ist ein zwiefacher. Es ist nämlich dabei zu denken einmal an eine Unmöglichkeit im eigentlichen Sinne, d. h. an eine factische Unmöglichkeit. Der Ausdruck physische Unmöglichkeit, dessen man sich mehrentheils bedient, sagt zu wenig, wie sich aus dem weitern Verfolg ergeben wird. Sodann bezieht man den Begriff der Unmöglichkeit auch auf das aus sittlichen Gründen Unzulässige, also man denkt bei unserer Eintheilung auch an eine bloße moralische, ethische Unmöglichkeit.

Was nun die in factischer Beziehung unmöglichen Bedingungen anbetrifft, so kommen dafür in unsern Quellen die Ausdrücke vor: **impossibilis conditio**, *ἀδύνατος* **conditio**. Und zwar rechnet man dahin:

5) L. 11. §. 1. D. d. cond. et dem.

Digitized by Google

a. jede Bedingung, deren Erfüllung factisch unmöglich ist. Die factische Unerfüllbarkeit einer Bedingung kann auf Rechtsbegriffen beruhen; die Bedingung kann also eine solche sein, »quae jure impleri non potest«; aber es kann die Unerfüllbarkeit auch in den Gesetzen der äußeren Natur ihren Grund haben, die Bedingung kann also eine solche sein, »quae natura impossibilis est« [6]). Bedingungen der zuletzt bezeichneten Art, ich meine die aus physischen Gründen unerfüllbaren, werden vorzugsweise impossibiles genannt [7]). Soviel von den unerfüllbaren Bedingungen. Aber es werden zu den in factischer Beziehung unmöglichen Bedingungen

b. auch diejenigen gezählt, deren Nichterfüllung factisch unmöglich ist, deren Erfüllung also als nothwendig angesehen werden muß [8]).

Moralisch unmögliche Bedingungen sind solche, wodurch von demjenigen, auf dessen Recht sie sich beziehen, ein Thun oder Unterlassen gefordert wird, wozu er sich aus moralischen Gründen nicht verstehen kann. Dergleichen Bedingungen werden den aus factischen Gründen unerfüllbaren gleichgeachtet. Doch werden sie in unsern Quellen nicht geradezu impossibiles genannt. Es gehören aber dahin alle Bedingungen, deren Erfüllung den Gesetzen nach strafbar sein würde, oder die wenigstens in den

6) L. 137. §. 6. D. d. V. O. XLV, 1. »Cum quis sub hac conditione stipulatus sit, si rem sacram aut religiosam Titius vendiderit, vel forum aut basilicam, et hujusmodi res, quae publicis usibus in perpetuum relictae sint, ubi omnino conditio jure impleri non potest, ut, si velit facere, ei non liceat, nullius momenti fore stipulationem, perinde ac si ea conditio, quae natura impossibilis est, inserta fuisset.«

7) Dies ergibt sich aus §. 11. I. d. inutilib. stipul. III, 19. »Impossibilis conditio habetur, cui natura impedimento est, quo minus existat.« Vgl. auch die vor. Note a. E.

8) Daß die Römer auch Bedingungen dieser Art unter den Begriff der unmöglichen subsumiren, beweiset: L. 50. §. 1. D. d. hered. instit. XXVIII, 5. »Si in non faciendo impossibilis conditio institutione heredis sit expressa, secundum omnium sententiam heres erit, perinde ac si pure institutus esset.« Vgl. L. 20. pr. D. d. cond. instit. und L. 7. D. d. V. O. »Impossibilis conditio cum in faciendum concipitur, stipulationibus obstat, aliter atque si talis conditio inferatur stipulationi: si in coelum non ascenderis; nam utilis et praesens est, et pecuniam creditam continet.« Unsere Neueren nennen sie necessariae conditiones.

Digitized by Google

Gesetzen gemißbilligt werden [9]). Allgemein mißbilligen die Gesetze Bedingungen, welche gegen die guten Sitten verstoßen, oder durch deren Erfüllung Jemand sich lächerlich machen würde [10]). Gewisse Bedingungen aber werden speciell gemißbilligt, und zwar ist dies in besonderer Beziehung auf letztwillige Dispositionen [11]) der Fall mit folgenden Bedingungen: 1. mit der Bedingung des eidlichen Angelöbnisses etwas zu geben oder zu thun [12]). 2. Mit der Bedingung sich überall gar nicht oder doch nur nach der reinen Willkür eines Dritten [13]) zu verheirathen. Dagegen wird es für vollkommen zulässig gehalten in einem letzten Willen Jemandem ein Recht unter der Bedingung zu ertheilen, daß er eine bestimmte Person nicht heirathe — oder auch umgekehrt, daß er mit einer bestimmten Person gerade sich verheirathe [14]). — In Ansehung der Verträge finden wir die Bestimmung: Es wird die Bedingung, falls Jemand eine bestimmte Person nicht heirathen sollte, insofern gemißbilligt, als von einer Strafe die Rede ist, zu der alsdann der Nichtheirathende verbunden sein soll [15]). Diese Bestimmung gehört nun aber doch nicht sowohl in die Kategorie derer, welche auf ganz speciellen Gründen beruhen, als vielmehr unter die allgemeine Rubrik der Mißbilligung alles dessen, was **contra bonos mores** ist. Ich verweise deshalb auf die zuletzt angeführten Stellen. (Note 15.)

Zum Beschluß muß ich noch ein Wort sagen zur Rechtferti-

9) L. 14. D. d. cond. inst. »Conditiones contra edicta Imperatorum aut contra leges, aut quae legis vicem obtinent, scriptae, aut quae contra bonos mores, vel derisoriae sunt, aut hujusmodi, quas Praetores improbaverunt, pro non scriptis habentur et perinde ac si conditio hereditati sive legato adjecta non esset, capitur hereditas legatumve.« L. 15. D. eod. »— — Nam quae facta laedunt pietatem, existimationem, verecundiam nostram, et ut generaliter dixerim, contra bonos mores fiunt, nec facere nos posse, credendum est.« (Papinianus.)

10) Siehe d. vor. Note, und vgl. L. 9. D. eod. L. 71. §. 1. D. d. cond. et demonstr. L. 134. pr. D. d. V. O. L. 5. C. d. institut. et substitut. VI, 25.

11) Vgl. hier Thibaut, Pand. §. 954., der nur bei letztwilligen Dispositionen von den hier angeführten Fällen spricht: desgl. Schweppe, Röm. Privatr. §. 794.

12) L. 8. pr. D. d. cond. inst.

13) L. 72. §. §. 4. 5. D. d. cond. et dem.

14) L. 63. D. eod.

15) L. 71. §. 1. D. eod. L. 134. pr. D. d. V. O. »— — quia inhonestum visum est, vinculo poenae matrimonia obstringi, sive futura, sive jam contracta.«

Digitized by Google

gung der Eintheilung in mögliche und unmögliche Bedingungen. Nämlich:

Erstens: Oben ist als etwas zum Begriff einer Bedingung im eigentlichen Sinne Gehöriges dieses angegeben worden, daß die Thatsache, auf die es ankommen solle, eine ungewisse sei. Es fragt sich daher, wie damit die Eintheilung in mögliche und unmögliche Bedingungen bestehen könne. Daß die moralisch unmöglichen Bedingungen sich auf einen ungewissen Thatumstand beziehen, ist klar. Denn das Unerlaubte, wenn es auch nicht geschehen soll, kann doch geschehen. Anders verhält es sich allerdings mit den in factischer Beziehung unmöglichen Bedingungen. Bei diesen ist es jederzeit gewiß, entweder, daß sie gar nicht erfüllt werden können, oder daß sie nothwendig erfüllt werden müssen. Aber wenn schon dies der Sache nach gewiß ist, so ist es doch nicht gewiß nach der Ansicht derjenigen, welche Bedingungen dieser Art anordnen, oder darüber übereinkommen. Und insofern mögen wir auch sie unter den Begriff der Bedingungen im engern Sinne subsumiren, wie denn dies auch durchweg geschieht.

Zweitens: Mit den unmöglichen Bedingungen sind nicht zu verwechseln die perplexen. Damit verhält es sich so: Man sagt von einer Disposition, daß sie perplex sei, wenn sie in sich selbst widersprechend ist. Und wird dies bewirkt durch eine der Disposition beigefügte Bedingung, so bezeichnet man auch diese mit dem Ausdruck perplex — man nennt sie eine perplexe Bedingung. Eine solche Bedingung kann zugleich eine unmögliche sein, aber es ist dies nicht nothwendig [16]).

Es erfolgt nun noch

4. eine Eintheilung, welche unsere Neuern so bezeichnen: Sie sagen: die Bedingungen sind nach Verschiedenheit des Einflusses, welchen sie auf das von ihnen abhängig gemachte Rechtsverhältniß haben, entweder **Conditiones suspensivae**, Suspensivbedingungen, oder **Conditiones resolutivae**, Re-

16) Ein Beispiel einer solchen Disposition enthält L. 16. D. d. cond. inst. »Si Titius heres erit, Sejus heres esto; si Sejus heres erit, Titius heres esto. Julianus, inutilem esse institutionem, scribit, quum conditio existere non possit.«

solutivbedingungen. Diese Benennungen sind nicht Römisch, der Unterschied selbst aber kommt in den Quellen oft vor:

Eine Suspensivbedingung ist eine solche, von deren Erfüllung die Entstehung eines Rechts oder einer Verbindlichkeit abhängt. Die Römer sagen in diesem Falle, es sei Jemandem ein Recht verliehen, oder es sei ein Vertrag geschlossen **ex conditione** oder **sub conditione**. Desgleichen sagen sie von dem seiner Entstehung nach bedingten Rechtsverhältnisse: »**conditione suspenditur.**« Auch bezieht sich auf diesen Fall der Ausdruck **conditionalis**. So verstehen z. B. die Römischen Juristen, wenn sie von einer **Obligatio conditionalis** sprechen, darunter jederzeit eine solche, deren Entstehung von einer Bedingung abhängt.

Eine Resolutivbedingung ist eine solche, mit deren Eintritt ein Recht oder eine Verbindlichkeit aufhören soll. Also, wie durch eine Suspensivbedingung die Entstehung eines Rechtsverhältnisses bedingt wird — so ist es bei einer Resolutivbedingung die Aufhebung eines Rechtsverhältnisses, welche von der Bedingung abhängt. Die echt Römischen Ausdrücke sind folgende: Man sagt von demjenigen, dem ein Recht unter einer Resolutivbedingung verliehen ist, es sei ihm das Recht **ad conditionem** verliehen. Und von einem unter einer Resolutivbedingung eingegangenen Geschäfte, dessen rechtliche Wirkungen durch die Erfüllung der Bedingungen aufgehoben werden sollen, sagt man, es ist ein Geschäft, **quod sub conditione resolvitur** [17]).

§. 96.

ββ. Statthaftigkeit.

Im Allgemeinen müssen wir sagen: Bedingungen sind allerdings statthaft. Aber es ist dies nicht ohne Ausnahme. Es gibt Beziehungen und Voraussetzungen, wo Bedingungen unstatthaft sind. Diese Unstatthaftigkeit kann

17) Vgl. rücksichtlich dieser letzten Eintheilung **L. 2. pr. D. d. in diem addict. XVIII, 2.** »Quoties fundus in diem addicitur, utrum pura emtio est, sed sub conditione resolvitur, an vero conditionalis sit magis emtio: quaestionis est.« — **L. 1. D. d. leg. commissor. XVIII, 3.**

Digitized by Google

erstens ihren Grund haben in der besondern Natur des Geschäfts oder des Rechtsverhältnisses, worauf die Bedingung sich beziehen soll. Gewisse Rechtsgeschäfte schließen jede Bedingung aus; sie sei eine Suspensiv- oder eine Resolutivbedingung. — Dies ist der Fall bei Eingehung der Ehe. In den Compendien heißt es zwar oft, es könnten bei Eingehung der Ehe Bedingungen Statt finden: aber mit Unrecht. Die Ehe kann nicht unter einer Suspensivbedingung eingegangen werden, weil sie, so lange es an der gegenseitigen Einwilligung in einer gegenwärtigen Gemeinschaft zu leben, fehlt, überall noch gar nicht vorhanden ist. Verlöbnisse können **sub conditione** eingegangen werden — nicht aber die Ehe. Ebensowenig aber ist bei der Ehe eine Resolutivbedingung zulässig. Denn es ist der Würde des ganzen Verhältnisses entgegen, es schon gleich von Haus aus als ein vorübergehendes zu denken, und schon bei Eingehung desselben die Möglichkeit der Trennung vorzubereiten: zu geschweigen, daß die Ehe nach den Ansichten der katholischen Kirche, sogar die Natur eines Sacraments hat.

Ferner leidet keine Bedingung die **Auctoritas tutoris**; davon im §. 761. Und ebensowenig die Antretung einer Erbschaft, die **aditio hereditatis** [1]). Diese Geschäfte schließen also jede Bedingung aus.

Nun gibt es aber auch Rechtsgeschäfte, bei welchen, wegen der Beschaffenheit des dadurch zu begründenden Rechtsverhältnisses nur Resolutivbedingungen für mehr oder weniger unstatthaft gehalten werden. So gilt bei manchen dinglichen Rechten die Regel: Sie können nicht in der Art verliehen, in der Art übertragen werden, daß sie mit der Erfüllung einer gewissen Bedingung ohne Weiteres aufhören. Von dieser Art sind das Eigenthum und die Prädialservituten. Davon §. 220. Ferner: Auch eine Obligation kann der Regel nach nicht so contrahirt werden, daß sie mit der Erfüllung einer gewissen Bedingung **ipso**

1) **L. 77. D. d. R. J.** »Actus legitimi, qui non recipiunt diem vel conditionem, veluti mancipatio, acceptilatio, hereditatis aditio; servi optio, datio tutoris in totum vitiantur per temporis vel diei adjectionem.« —

Digitized by Google

jure aufgehoben würde. §. 463. Endlich: Es ist unstatthaft, einen Erben ad (in) conditionem zu ernennen.

Zweitens. Der Grund der Unstatthaftigkeit kann aber auch in dem Inhalte der Bedingung liegen. Aus diesem Grunde sind unstatthaft unmögliche und perplexe Bedingungen. (S. den vorigen Paragraphen.) Bei Verträgen können selbst solche Bedingungen, welche weder perplex, noch unmöglich sind, ihrer sittlichen Beziehungen halber, als unstatthaft erscheinen, wie wir sehen werden im §. 102.

γγ. Wirkungen statthafter Bedingungen.

§. 97.

a. Voraussetzungen, welche dabei zu berücksichtigen sind.

Die rechtlichen Wirkungen der Bedingungen sind an gewisse Voraussetzungen gebunden. Es kommt nämlich darauf an, ob die Bedingung noch schwebt, oder ob sie bereits erfüllt ist, oder ob sie ausgefallen ist. Zuerst nun wollen wir uns mit diesen Voraussetzungen bekannt machen; sodann aber soll zweitens von den rechtlichen Wirkungen selbst gehandelt werden, wobei denn wieder auf den Unterschied zwischen Suspensiv- und Resolutivbedingungen Rücksicht zu nehmen sein wird.

1. Man sagt von einer Bedingung, daß sie schwebt, so lange sie zwar erfüllt werden kann, aber noch nicht wirklich erfüllt ist. Der Römische Ausdruck ist: »pendet conditio.« Die Bedingung selbst wird, so lange dieser Zustand währt, eine schwebende genannt, pendens conditio.

2. Ist die Bedingung erfüllt, so sagt man: existit conditio, impleta est conditio. Die Bedingung selbst wird dann existens conditio genannt. Nun aber fragt es sich, wann kann man sagen, daß die Bedingung erfüllt sei — was gehört dazu? Ist die Bedingung eine affirmative, so muß der dadurch bezeichnete Thatumstand sich wirklich ereignen, und zwar, falls zugleich eine bestimmte Zeit vorgeschrieben ist, innerhalb der dies oder jenes geschehen soll, noch vor dem Ablauf dieser Frist. Eine negative Bedingung ist erfüllt, sobald die Thatsache, deren Nichtexistenz gefordert wird, unmöglich geworden ist. Indessen ist die

Digitized by Google

Bedingung so gefaßt, daß etwas nur innerhalb eines gewissen Zeitraums nicht geschehen soll, so bedarf es nicht einmal jener Unmöglichkeit, sondern es ist genug, daß die vorgeschriebene Frist abgelaufen ist, ohne daß die fragliche Thatsache sich ereignet hat. Uebrigens geht nicht selten der Inhalt einer negativen Bedingung dahin gerade, daß Jemand eine gewisse Handlung unterlassen soll, und zwar nicht blos eine Zeitlang, sondern schlechthin. Häufig wird da die Unmöglichkeit, die zu unterlassende Handlung vorzunehmen, erst mit dem letzten Augenblicke des Lebens eintreten — erst da also die Bedingung erfüllt werden können [1]). Ich sage, so wird es häufig sein, aber keineswegs immer. Die zu unterlassende Handlung kann ja von der Art sein, daß sie nicht bloß von der Willkür desjenigen abhängt, der dabei als der Handelnde gedacht wird; es kann auf anderweitige, außer jenes Willkür liegende Voraussetzungen ankommen, ohne welche die Handlung sich gar nicht vornehmen läßt. Werden nun diese Voraussetzungen unmöglich, so ist damit zugleich die Handlung unmöglich geworden, die der Bedingung zufolge unterlassen werden soll. Und so kann es geschehen, daß die Bedingung lange vor dem Tode desjenigen erfüllt wird, welcher die Handlung unterlassen soll. So z. B. wenn Jemand eine bestimmte Person nicht heirathen soll [2]). Auf diese Weise verhält es sich mit der wirklichen Erfüllung einer Bedingung. Indessen in manchen Fällen wird auch die nichterfüllte Bedingung als erfüllt behandelt; die Bedingung wird angesehen, als ob sie erfüllt wäre, ungeachtet sie es nicht ist. Dahin gehört die sowohl bei Verträgen, als bei letztwilligen Dispositionen geltende Regel, daß eine Bedingung als erfüllt behandelt wird, wenn derjenige die Erfüllung derselben verhindert, der ein Interesse daran hat, daß sie unerfüllt bleibe [3]). So z. B. wenn der Erbe die Erfüllung einer

1) §. 4. I. d. V. O. III, 15. »— — Si quis ita stipuletur, si in capitolium non ascendero, dare spondes? perinde erit, ac si stipulatus esset, cum moreretur sibi dari.« Vgl. L. 73. D. d. cond. et dem. »— — quum in omnibus conditionibus, quae morte legatariorum finiuntur, receptum est, ut Muciana cautio interponatur — —.«

2) L. 106. D. d. cond. et demonstr.

3) L. 161. D. d. R. J. »In jure civili receptum est, quoties per eum, cujus interest conditio-

Digitized by Google

Bedingung hindert, unter welcher ihm aufgegeben ist, ein Legat zu zahlen. Oder wenn derjenige, welcher vertragsmäßig, unter einer Bedingung, zu gewissen Leistungen sich anheischig gemacht hat, die Erfüllung der Bedingung verhindert.

Uebrigens versteht es sich von selbst, daß die angeführte Regel, bei aller ihrer sonstigen Allgemeinheit, dennoch auf solche Bedingungen nicht angewandt werden kann, deren Erfüllung weiter nichts erfordert, als nur eben ein Thun oder Unterlassen von Seiten eben desjenigen, der an der Nichterfüllung ein Interesse hat. Wie z. B., wenn Jemand ein Legat, womit er den Erben beschwert, von der Bedingung abhängig macht, daß der Erbe eine gewisse Handlung vornehme, die lediglich und allein von des Erben eigener Willkür abhängt. Denn sollte unsere Regel auch hier zur Anwendung kommen, so würde ja die Bedingung ganz ihre Bedeutung verlieren.

Außer dieser Regel, die für Verträge sowohl, als für letztwillige Dispositionen gilt, gibt es aber in Bezug auf letztwillige Verfügungen insbesondere noch eine andere Regel, die jedoch nur die gemischten Bedingungen betrifft. Nämlich denken wir uns: Es ist Jemand zum Erben eingesetzt, oder mit einem Vermächtnisse honorirt, unter der Bedingung, daß er eine gewisse Handlung in Bezug auf einen Dritten vornehme, die er ohne dessen Concurrenz nicht vornehmen kann. Wenn nun dieser die Erfüllung der Bedingung verhindert, so wird die Bedingung als erfüllt angesehen; auch, wenn der Dritte daran, daß der Honorirte die Erbschaft oder das Vermächtniß nicht erhalte, gar kein Interesse hat [4]), z. B. wenn Jemand zu Erben eingesetzt ist unter der Bedingung eine bestimmte Person zu heirathen, und nun durch die Weigerung dieser Person die Erfüllung der Bedingung unmöglich gemacht wird.

3. Ich komme nun zu der dritten Voraussetzung, nämlich

nem non impleri, fiat, quominus impleatur, perinde haberi, ac si impleta conditio fuisset.« Hienach ist L. 24. D. d. cond. et demonstr. zu emendiren, wo man, gegen den Cod. Flor., statt »cujus interest, conditionem impleri« mit Haloander lesen muß: »c. i. conditionem non impleri.« — L. 50. D. d. C. E. XVIII, 1.

4) L. 14. L. 31. L. 78. pr. D. d. cond. et demonstr.

Digitized by Google

zu der Voraussetzung, daß die Bedingung ausfällt. Die Römer sagen: »deficit conditio«, »defecta est conditio.« Damit wird das Gegentheil von demjenigen bezeichnet, was man unter der Erfüllung der Bedingung denkt. Und zwar verhält es sich damit so: Eine affirmative Bedingung fällt aus, sobald die Thatsache, auf welche es ankommt, unmöglich wird. Ist jedoch eine bestimmte Frist bezeichnet, innerhalb welcher etwas geschehen soll, so ist schon das genug, daß diese Frist verläuft, ohne daß die fragliche Thatsache sich ereignet hat; es ist hier nicht nöthig, daß die Thatsache unmöglich geworden sei. Von einer negativen Bedingung werden wir sagen, sie ist ausgefallen, sobald dasjenige sich ereignet, was der Bedingung zufolge unterbleiben soll. Soll indessen etwas nicht überhaupt unterbleiben, sondern nur innerhalb eines bestimmten Zeitraums, so läßt sich die Bedingung nur dann als ausgefallen betrachten, wenn das, was nicht geschehen soll, sich innerhalb jenes Zeitraums gerade zugetragen hat.

b. Bestimmung der Wirkungen selbst.

aa. Bei Suspensivbedingungen.

§. 98.

1. Während die Bedingung schwebt.

So lange die Bedingung, unter welcher ein Rechtsverhältniß entstehen soll, eine schwebende ist, so lange ist jenes Rechtsverhältniß noch nicht vorhanden; es ist nur die Möglichkeit da, daß es entstehe. Das Rechtsverhältniß ist also eben auch noch **in pendenti**. Diesen allgemeinen Satz will ich nun zunächst anwenden auf Verträge, sodann auf letztwillige Verfügungen.

Wenn Jemand unter einer Bedingung einen Vertrag schließt, so ist vor der Hand noch keine Obligation vorhanden. Das Einzige, was gewiß ist, das ist dieses: Wenn die Bedingung in Erfüllung geht, so muß der Vertrag sich wirksam erweisen. Aber ob die Bedingung in Erfüllung gehen wird, das ist hier jetzt noch die Frage. Man kann daher **pendente conditione** weder

Digitized by Google

ſagen »venisse diem obligationis,« noch auch nur »cessisse diem obligationis« [1]).

Ich komme nunmehr zu der Anwendung unſeres allgemeinen Grundſatzes auf letztwillige Verfügungen: Der Erbe, der unter einer Bedingung inſtituirt iſt, hat, ſo lange die Bedingung ſchwebt, durchaus kein Recht an der Erbſchaft — ſie wird ihm einſtweilen noch nicht einmal deferirt, geſchweige denn, daß ſie ihm könnte erworben werden. — Bei den Vermächtniſſen unterſcheiden wir einen zwiefachen Erwerb, den bloß vorläufigen und den wirklichen Erwerb. Auch hier kommen die Ausdrücke »cedere« u. »venire diem« vor, aber zum Theil in einer andern Bedeutung, als bei Obligationen aus Verträgen. Nämlich: den Ausdruck »cedere« (diem legati) braucht man für den vorläufigen Erwerb — wogegen man bei dem wirklichen Erwerb, inwieweit dieſer zugleich das Recht zu klagen gewährt, immer den Ausdruck »venire diem legati« gebraucht. Jener vorläufige Erwerb gewährt nur die Ausſicht auf den wirklichen Erwerb — aber es iſt doch eine Ausſicht, welche auf die Erben des Legatars übergeht. Die Regel nun iſt dieſe, daß der vorläufige Erwerb in dem Augenblick erfolgt, da der Erblaſſer mit Tode abgeht. Allein iſt das Legat ein bedingtes, ſo fällt, ſo lange die Bedingung ſchwebt, jeder Erwerb weg; vor erfüllter Bedingung kann das Legat nicht einmal vorläufig erworben werden. So ganz und gar unſicher iſt alſo noch Alles [2]). Soviel über die Anwendung unſers allgemeinen Grundſatzes auf die wichtigſten letztwilligen Verfügungen.

Nun bleibt aber noch eine erhebliche Frage zu berückſichtigen.

1) Sowohl auf die Sache ſelbſt, als auf die Kunſtausdrücke, deren ich mich ſo eben bedient habe, beziehen ſich §. 4. I. d. V. O. III, 15. L. 213. pr. D. d. V. S.: »Cedere diem significat, incipere deberi pecuniam; venire diem significat, eum diem venisse, quo pecunia peti possit. Ubi pure quis stipulatus fuerit, et cessit et venit dies; ubi in diem, cessit dies, sed nondum venit; ubi sub conditione, neque cessit, neque venit dies pendente adhuc conditione.«

2) L. 5. §. §. 1. 2. D. quando dies legator. XXXVI, 2. »Itaque si purum legatum est, ex die mortis dies ejus cedit. — — Sed si sub conditione sit legatum relictum, non prius dies legati cedit, quam conditio fuerit impleta, ne quidem si ea sit conditio, quae in potestate sit legatarii.« Vgl. L. 21. pr. D. eod.

Digitized by Google

Nämlich es fragt sich: Ist es denn nicht so, wie bisher angegeben worden, bei jeder Bedingung, auch bei einer solchen, welche keine Bedingung im eigentlichen Sinne des Worts ist?

Diejenigen Bedingungen, welche darum keine eigentliche Bedingungen sind, weil sie sich von selbst verstehen, haben allerdings ebenfalls eine aufschiebende Kraft, aber es verhält sich mit dieser in manchen Beziehungen anders, als mit der aufschiebenden Kraft eigentlicher Bedingungen. So ist, um nur Eins hervorzuheben, bei Legaten eine sich von selbst verstehende Bedingung: Soll das Legat wirklich erworben werden, so muß der damit belastete Erbe die Erbschaft erwerben. Aber diese Bedingung hat auf den vorläufigen Erwerb des Legats keinen Einfluß; dieser tritt ein, sobald der Testator mit Tode abgegangen ist. Und dabei bleibt es auch dann, wenn etwa der Testator diese sich von selbst verstehende Bedingung dem Legat ausdrücklich beigefügt hat. Wenn er also z. B. so gesagt hat: Titius soll mein Erbe sein, und, falls er meine Erbschaft antritt, soll er verbunden sein, dem Sempronius eine Summe von 1000 zu zahlen. Auch in diesem Falle wird dennoch der vorläufige Erwerb schon im Augenblick des Todes des Testators vor sich gehen. Ist dagegen die Bedingung eine Bedingung im eigentlichen Sinne, eine sich nicht von selbst verstehende, sondern willkürlich hinzugefügte, so erfolgt auch der vorläufige Erwerb nicht eher, als bis die Bedingung erfüllt ist [3]). — Bedingungen, welche deshalb keine eigentliche sind, weil sie sich auf etwas Gegenwärtiges, oder Vergangenes, nicht auf etwas Künftiges beziehen, haben gar keine aufschiebende Kraft. Z. B. es wird ein Vertrag geschlossen unter der Bedingung, falls A an einem bestimmten Tage noch gelebt habe — an einem Tage, welcher dem Abschluß des Vertrages vorangeht. Hier haben wir eine Conditio in praeteritum collata. Durch diese wird nun aber die Gültigkeit oder Ungültigkeit des Vertrags keinen Augenblick suspendirt. Denn, war A an dem bezeichneten Tage noch am Leben, so ist der Vertrag gleich vom Anfang vollgültig gewesen; war aber A damals bereits

3) L. 3. D. d. legat. I. L. 22. §. 1. D. quando dies legator.

Digitized by Google

mit Tode abgegangen, so ist der Vertrag gleich von Anfang so gut als gar nicht geschlossen gewesen. Was hier in suspenso sein kann, das ist lediglich die Kenntniß der Contrahenten von dem vorausgesetzten Umstande. Es kann einige Zeit darüber hingehen, ehe sie ausmitteln, ob A an dem bezeichneten Tage noch gelebt habe oder nicht; aber auf den Vertrag selbst, auf die dadurch zu bewirkende Obligation hat dieser Umstand keinen Einfluß. Und was hier von Verträgen gesagt wird, das gilt ebenso auch bei letztwilligen Dispositionen [4]).

§. 99.

2. Wenn sie in Erfüllung geht.

Wird die Bedingung erfüllt, so ist das von ihr abhängige, bis dahin noch ungewisse, nur mögliche Rechtsverhältniß wirklich und in der That vorhanden — vorausgesetzt, daß nicht irgend ein anderweitiges Hinderniß der Entstehung desselben in den Weg tritt. Ein solches Hinderniß findet aber da, wo Jemandem in einem letzten Willen unter einer Bedingung Rechte verliehen sind, jederzeit Statt, sobald der Honorirte die Erfüllung der Bedingung nicht erlebt. Denn die Regel bei letztwilligen Verfügungen ist diese: Eine bedingte letztwillige Verfügung wirkt im Augenblick der erfüllten Bedingung, wie eine unbedingte im Augenblicke des Todes des Testators wirkt. Eine unbedingte Verfügung aber ist ohne alle Wirkung, sobald der Honorirte vor dem Testator mit Tode abgeht, mithin muß auch eine bedingte ohne Wirkung bleiben, wenn der Honorirte vor erfüllter Bedingung stirbt [1]). Anders verhält es sich bei Verträgen. Da ist es nicht nöthig, daß die Contrahenten die Erfüllung der Bedingungen erleben. Die Aussicht, welche sie haben, das bei dem Vertrage bezweckte obligatorische Verhältniß realisirt zu sehen, geht, wenn sie pendente conditione sterben, auf ihre Erben über [2]). Hierin läge also ein wesentlicher Unterschied zwischen letztwilligen Dispositio-

4) §. 6. I. d. V. O. III, 15. L. 37. bis L. 39. D. d. R. C. XII, 1. (siehe §. 95. Note 2.) L. 10. §. 1. D. d. cond. instit. XXVIII, 7.

1) L. 59. pr. D. d. cond. et demonstr.

2) §. 4. I. d. V. O. III, 15.

Digitized by Google

nen und Verträgen. Ein anderer Unterschied ist dieser: Derjenige, welcher **sub conditione** zum Erben eingesetzt ist, wird, wenn er, **impleta conditione**, die Erbschaft in der That erwirbt, allerdings so angesehen, als wenn er schon vom Todestage des Erblassers an Erbe gewesen wäre. Aber wenn Jemandem bedingter Weise ein Vermächtniß hinterlassen ist, und es wird dieses nun, **impleta conditione**, erworben, so erstreckt sich das Recht des Legatars nur auf die Folge der Zeit. Es ist z. B. Jemandem das Eigenthum einer dem Testator gehörigen Sache unter einer Bedingung vermacht. Der Testator stirbt, der Erbe tritt die Erbschaft an — aber die Bedingung des Legats wird erst nach einem Jahre erfüllt. Indem nun jetzt der Legatar das Eigenthum der Sache erwirbt, so ist er zwar von diesem Augenblicke an Eigenthümer, aber bis dahin war es der Erbe. Der Legatar wird keineswegs so angesehen, als wäre er Eigenthümer schon vom Todestage an gewesen [3]). Anders aber verhält sich die Sache bei Verträgen. Hier ist die Regel diese: Geht die Bedingung in Erfüllung, so wird nun die aus dem Vertrage entspringende **Obligatio** angesehen, als ob sie nicht erst jetzt ihre Entstehung erhalten hätte, sondern als ob sie vorhanden gewesen wäre schon zur Zeit des Abschlusses des Vertrages. Davon ist unter Andern beim Kauf die Folge diese: Die Nutzungen der erkauften Sache gebühren dem Käufer nicht erst vom Augenblicke der erfüllten Bedingung an, sondern schon von der Zeit an, da der Kauf geschlossen wurde, wie denn von da an den Käufer auch die Deterioration der Sache trifft [4]). Unsere Regel leidet jedoch in dem Falle eine Ausnahme, wo die Bedingung so beschaffen ist, daß derjenige, der im Fall der Erfüllung durch den Vertrag verpflichtet werden soll, es in seiner Macht hat, die Erfüllung zu verhindern. Dann wird die **Obligatio** erst von dem Augenblicke der Erfüllung an datirt, sie wird gegen die sonstige Regel nicht angesehen, als wäre sie schon vorhanden gewesen im

3) Dieser Satz geht unter Anderen hervor aus L. 14. §. 3. D. quando dies legat. XXXVI, 2.

4) Man sehe L. 8. pr. D. d. pericul. et commod. XVIII, 6. L. 9. §. 1. L. 11. §. 1. D. qui potior. in pignor. XX, 4. L. 16. D. d. solut. et liberat. XLVI, 3.

Digitized by Google

Augenblicke des abgeschlossenen Vertrages [5]). Wir haben nunmehr also zwei wesentliche Unterschiede zwischen Verträgen und letztwilligen Verfügungen kennen gelernt. Beide lassen sich auf folgende Grundsätze zurückführen: Bei Verträgen hat der Regel nach die erfüllte Bedingung rückwirkende Kraft, bei Rechten aus einem letzten Willen hat dagegen die erfüllte Bedingung keine rückwirkende Kraft. Ich sage — bei Verträgen hat die erfüllte Bedingung eine rückwirkende Kraft. Daher eben kommt es, daß die erfüllte Bedingung angesehen wird, als wäre sie gleich von Anfang erfüllt gewesen, oder was auf dasselbe hinausläuft, als wäre der Vertrag unbedingt eingegangen worden. In der vorhin angeführten (Anm. 4.) **L. 11. §. 1. D. qui potior. in pignor. XX, 4.**, wo Gajus von einer bedingten Stipulation spricht, heißt es: »**cum semel conditio exstitit, perinde habetur, ac si illo tempore, quo stipulatio interposita est, sine conditione facta esset.**« Aber in eben dieser rückwirkenden Kraft der erfüllten Bedingung hat es nun auch seinen Grund, daß die Contrahenten die Erfüllung der Bedingung nicht zu erleben brauchen. Denn geht auch die Bedingung erst nach ihrem Tode in Erfüllung — sie gilt doch als erfüllt noch bei ihrem Leben — als erfüllt gleich von Anfang. Und so müssen wir nun also sagen: Obschon sie die Erfüllung der Bedingung nicht erlebt haben, so sind sie doch schon selbst aus dem Vertrage berechtigt und und verpflichtet gewesen, und dieses ihr Recht, diese ihre Verbindlichkeit haben sie mit ihrem übrigen Vermögen auf ihre Erben transmittirt. Hierauf bezieht es sich, wenn in der ebenfalls angeführten (Anm. 4.) **L. 8. pr. D. de pericul. et commod. XVIII, 6.** Paulus Folgendes sagt: »**Quod si pendente conditione emptor vel venditor decesserit: constat, si exstiterit conditio, heredes quoque obligatos esse, quasi jam contracta emptione in praeteritum.**« So also bei Verträgen. — Dagegen sagte ich vorhin: Bei Rechten aus einem letzten Willen hat die Bedingung keine rückwirkende Kraft. Hätte sie eine sol-

5) cit. L. 9. §. 1. D. qui potior. in pign. »— — si modo non ea conditio sit, quae invito debitore impleri non possit.« Vgl. L. 4. D. quae res pignor. XX, 3.

Digitized by Google

che, so würde es nicht nöthig sein, daß der Berechtigte selbst die Erfüllung der Bedingung erlebte. Auch würde alsdann das Recht des Legatars sich nicht blos in die Zukunft erstrecken.

Uebrigens entsteht nun allerdings noch die Frage: ob nicht die eben aufgestellte Regel bei dem Erben eine Ausnahme leide? Ich habe nämlich vorhin gesagt: der unter einer Bedingung eingesetzte Erbe wird, wenn er, impleta conditione, die Erbschaft antritt, angesehen, als wäre er schon vom Todestage an Erbe gewesen. Dieses kann allerdings den Schein erregen, als ob, in dieser Beziehung wenigstens, der erfüllten Bedingung auch bei letztwilligen Verfügungen rückwirkende Kraft beigelegt werde. Aber in der That ist es nicht so. Die Bedingung hat auch hier keine rückwirkende Kraft, sondern, daß der Erbe als Erbe gilt vom Todestage an, dieses ist lediglich und allein eine Folge der Antretung, des Erwerbes der Erbschaft. Auch da, wo gar keine Bedingung im Spiel ist, sondern aus andern Gründen die Antretung der Erbschaft erst eine geraume Zeit nach dem Tode des Erblassers erfolgt, wird der Antretende als Erbe vom Todestage an betrachtet. Das Nähere hierüber gehört in das Erbrecht.

§. 100.

3. Wenn sie ausfällt.

Fällt die Bedingung aus, so hört damit zugleich die Möglichkeit auf, daß das an sie geknüpfte Rechtsverhältniß entstehen könne. Daher ist denn nunmehr ein unter einer Bedingung geschlossener Vertrag so gut, als ob er ganz und gar nicht eingegangen wäre [1]). Ebenso verliert eine letztwillige Verfügung ihre Bedeutung, sobald die Bedingung derselben ausfällt [2]).

§. 101.

bb. Bei Resolutivbedingungen.

Bei einer Resolutivbedingung ist das Recht, worauf die

1) L. 8. pr. d. peric. et commod. XVIII, 6. „— — — — Quodsi sub conditione res venierit, si quidem defecerit conditio, nulla est emtio sicuti nec stipulatio; — —.“ Vgl. L. 37. i. f. D. d. C. E. XVIII, 1.

2) §. 2. I. quib. mod. testam. infirm. II, 17.

Digitized by Google

Bedingung sich bezieht, gleich von Anfang an vorhanden. Auch hier ist allerdings, so lange die Bedingung schwebt, etwas in suspenso — aber dieses ist nicht die Entstehung, sondern die Aufhebung des Rechts. Pendente conditione erscheint diese bloß als möglich. Wird nun aber die Bedingung erfüllt, so wird die bis dahin nur möglich gewesene Aufhebung des Rechts zu einer wirklichen. Dabei ist jedoch ein doppelter Fall denkbar: Es kann sein, daß das Recht nur für die Folge aufhört, und das macht im Ganzen die Regel aus. Aber wir werden weiterhin auch Fälle kennen lernen, in welchen eine erfüllte Resolutivbedingung rückwirkende Kraft hat, so daß nun das aufgehobene Recht betrachtet wird, als wäre es nie vorhanden gewesen [1]). So verhält es sich mit der erfüllten Bedingung. Fällt dagegen die Bedingung aus, so ist damit die ungestörte Fortdauer des Rechts gesichert.

§. 102.

dd. Wirkung unstatthafter Bedingungen.

Wir haben im §. 96. gesehen: die Unstatthaftigkeit einer Bedingung kann ihren Grund haben:

1. In der Natur des Geschäftes, oder des Rechtsverhältnisses, worauf die Bedingung sich beziehen soll. Und da sind denn nun die rechtlichen Folgen nach Verschiedenheit der Verhältnisse verschieden. Es kann sein, daß das ganze Geschäft durch die hinzugefügte Bedingung vitiirt wird, so daß es als gar nicht vorgenommen angesehen werden muß. Dieses ist z. B. der Fall bei der bedingten Antretung einer Erbschaft [1]). Ferner: Es kann sein, daß das Geschäft, die abgegebene Willenserklärung an und für sich zwar besteht, daß man aber die Bedingung als nicht hinzugefügt betrachtet. So bei der Ernennung eines Erben ad conditionem [2]). Endlich kann aber auch der Fall eintreten, daß die hinzugefügte Bedingung sich sogar wirksam erweiset, aber

1) Thibaut, Pand. §. 92. II, 1. nimmt diese rückwirkende Kraft allgemein an, nämlich bei Verträgen: dagegen erklärt sich mit Recht Schweppe, Röm. Privatr. §. 119. Nr. 5.

1) L. 77. D. d. R. J. (S. §. 96. Anm. 1.)

2) Argum. L. 34. D. d. hered. instit. XXVIII, 5. (S. §. 101. Anm. 1.)

Digitized by Google

nur nicht in der Art, in welcher sie wirksam gewesen sein würde, wenn sie zulässig und statthaft gewesen wäre. Denken wir uns, daß A dem B eine Prädialservitut ad conditionem constituirt; hier hört zwar mit dem Eintritt der Bedingung die Servitut an und für sich nicht auf, aber die erfüllte Bedingung begründet doch zwischen A und B ein eignes obligatorisches Verhältniß, welches sich in der Art wirksam erweis't: Wenn B die Servitut auch nach erfüllter Bedingung noch gegen den A geltend machen will, so wird ihm A eine auf die getroffene Uebereinkunft gegründete Exceptio entgegen setzen können. Und ebenso hört eine ad conditionem eingegangene Obligatio, der Regel nach, im Fall der erfüllten Bedingung zwar nicht ipso jure, doch aber per exceptionem auf.

2. Es kann nun aber die Unstatthaftigkeit einer Bedingung auf ihrem Inhalte beruhen. Hier ist das Recht letztwilliger Verfügungen und das Recht der Verträge in gar vieler Beziehung wesentlich verschieden. Bei letztwilligen Dispositionen verhält es sich so: In Ansehung unmöglicher Bedingungen läßt sich im Allgemeinen die Regel geben: sie werden als nicht hinzugefügt angesehen [3]). Dagegen ist bei perpleren Bedingungen die Regel die: sie vernichten die Disposition, welcher sie beigefügt sind [4]). Das Nähere hierüber gehört indessen in das Erbrecht. — Bei Verträgen gelten in Bezug auf unmögliche Bedingungen folgende Grundsätze: Denken wir uns zuerst den Fall: die einem Vertrage beigefügte Bedingung ist eine solche, deren Nichterfüllung aus factischen Gründen unmöglich, deren Erfüllung also factisch nothwendig ist. Hier wird der Vertrag, wenn die Bedingung eine Suspensivbedingung ist, gleich einem unbedingten Vertrage behandelt — der Vertrag erweiset sich also sofort vollständig wirksam [5]); ist aber die Bedingung eine Resolutivbedingung, so wird die Wirksamkeit des Vertrages gleich von Anfang her gehemmt.

3) §. 10. I. d. hered. instit. II, 14. »Impossibilis conditio in institutionibus et legatis, nec non fideicommissis et libertatibus, pro non scripto habetur.« Vgl. L. 50. §. 1. D. eod. (S. §. 95. Anm. 8.) L. 14. D. d. cond. instit. (S. §. 95. Anm. 9.)

4) L. 16. D. eod. (S. §. 95. Anm. 16.) L. 39. D. d. manum. testam. XL, 4.

5) §. 11. I. d. inutilib. stipul. III, 19. L. 7. D. d. V. O. XLV, 1. (S. §. 95. Anm. 7. 8.)

Digitized by Google

Ferner: Setzen wir, die Bedingung ist eine solche, deren Erfüllung aus factischen Gründen unmöglich ist. Geht nun die Meinung dahin, daß der Vertrag durch die Bedingung suspendirt werden soll, so ist der Vertrag null und nichtig [6]). Ist dagegen die Bedingung als Resolutivbedingung gemeint, so muß man sagen, es ist nun gleich von Anfang her gewiß, daß die aus dem Vertrage entspringende Obligatio nicht werde aufgehoben werden, es ist so gut, als wäre eine Resolutivbedingung überall gar nicht verabredet. Bei solchen Bedingungen endlich, welche aus moralischem Grunde als unerfüllbar angesehen werden, ist die allgemeine Regel diese: Niemand soll davon, daß er etwas Unerlaubtes thut, einen Vortheil haben. Dagegen ist es sehr wohl zulässig, daß Jemand dadurch, daß er etwas Unerlaubtes thut, in Nachtheil versetzt werde. Angenommen daher, es ist Jemandem auf den Fall, daß er etwas Unerlaubtes thun sollte, vertragsmäßig ein Recht beigelegt, so gilt der Vertrag nicht. Wenn z. B. A dem B eine Summe Geldes verspricht, unter der Bedingung, daß B dem C eine Injurie zufüge, so ist dieser Vertrag nichtig. Dagegen gilt ein Vertrag, durch welchen Jemand sich für den Fall, daß er etwas Unerlaubtes thun sollte, einer Verpflichtung unterzieht, indem er sich z. B. zu einem Strafgelde anheischig macht [7]).

Nun aber ist ferner zu erwägen, daß, wie ich vorläufig schon im §. 96 angedeutet habe, die sittlichen Beziehungen einer Bedingung die Gültigkeit des Vertrages selbst dann hindern können, wenn die Bedingung an und für sich eine vollkommen erfüllbare ist. Dieses ist der Fall, wenn Jemand sich unter der Bedingung, daß er etwas Verbotenes, etwas Unsittliches nicht thun sollte, vertragsmäßig zu irgend einer Leistung anheischig

6) S. die vorige Note und vergl. L. 31. D. d. O. et A. XLIV, 7. »Non solum stipulationes impossibili conditioni applicatae nullius momenti sunt, sed etiam ceteri quoque contractus, veluti emtiones, locationes, impossibili conditione interposita aeque nullius momenti sunt, quia in ea re, quae ex duorum pluriumve consensu agitur, omnium voluntas spectatur, quorum procul dubio in hujusmodi actu talis cogitatio est, ut nihil agi existiment apposita ea conditione, quam sciant esse impossibilem.«

7) Vgl. L. 121. §. 1. D. d. V. O. XLV, 1.

Digitized by Google

macht, unter dieser Bedingung also einem Andern ein Recht einräumt, wenn z. B. B sich anheischig macht, falls er dem C keine Injurie zufüge, an den A eine Summe Geldes zu zahlen. Die ganze Bedingung ist hier vollkommen möglich, vollkommen erfüllbar, denn einem Andern keine Injurie zuzufügen, das ist es ja eben, was das Gesetz fordert. Aber da B sich auf den Fall der erfüllten Bedingung zu einer Geldbuße anheischig macht, so liegt darin für ihn ein Anreiz, der Bedingung entgegen zu handeln — den C wirklich zu beleidigen, also das Verbotene, das Unsittliche zu thun, und darum ist der Vertrag nichtig. Es ist ein Vertrag, der eine turpis causa enthält. Ferner: wenn Jemand sich für den Fall, daß er etwas Unerlaubtes unterlasse von einem Andern irgend einen Vortheil versprechen läßt, so ist der Vertrag ebenfalls nichtig. Denken wir uns z. B.: A verspricht dem B eine Summe Geldes, wenn B dem C eine gewisse Beleidigung nicht zufüge. Wenn hier B den C nicht injuriirt, so thut er eben, was Recht ist. Hier ist die Bedingnng vollkommen erfüllbar. Auch liegt in dem Vertrage kein Anreiz, der Bedingung entgegen zu handeln, und so das Unrecht zu thun. Aber es ist schändlich, sich für die Unterlassung von etwas Unerlaubtem einen Vortheil auszumachen, und darum ist der Vertrag nichtig [8]). Daß mir hingegen Jemand in dem Falle, da ich etwas Unerlaubtes unterlasse, aus freien Stücken einen Vortheil zuwendet, und auf diese Weise mich für mein Wohlverhalten belohnt — dagegen ist nichts zu sagen, und daher ist ein Vermächtniß, welches Jemandem unter der Bedingung gegeben wird, daß er etwas Unerlaubtes unterlasse, gültig.

β. Zeitbestimmungen.

§. 103.

αα. Begriff und Eintheilungen.

I. Begriff.

Unter einer Zeitbestimmung versteht man die Bezeichnung eines künftigen Zeitpunktes, dem willkürlich ein Einfluß auf

8) L. 7. §. 3. D. d. pact. II, 14. »Si ob maleficium, ne fiat, promissum sit, nulla est obligatio ex hac conventione.«

Rechtsverhältnisse beigelegt wird, aber ohne jene Ungewißheit, welche zu dem Begriff einer Bedingung gehört. Daher pflegten sich die Römer bei Zeitbestimmungen, wenn sie anders überhaupt eine Conjunction gebrauchten, sich nicht des Wortes »si« zu bedienen, sondern des Wortes »cum.« Mit dem Ausdruck **Dies** bezeichnen sie nicht nur den Zeitpunkt selbst, sondern ebenso auch die Bestimmung des Zeitpunktes.

II. Eintheilungen.

1. Dies certus und incertus. — Es geschieht häufig, daß die Form des Ausdrucks auf eine Zeitbestimmung hinweiset, indem irgend ein künftiger Zeitpunkt angegeben wird, ohne daß in dem Ausdruck etwas läge, wodurch dieser Zeitpunkt als ungewiß bezeichnet würde, und doch findet es sich, daß er in der That mehr, oder weniger ungewiß ist. Hierauf nun beruhet der Unterschied zwischen **Dies certus** und **incertus**. **Certus** wird der **Dies** genannt, wenn nicht nur in dem Ausdrucke keine Andeutung einer Ungewißheit liegt, sondern in der That auch eine Ungewißheit überall nicht Statt findet; **incertus** dagegen heißt der **Dies** dann, wenn er zwar nicht der Bezeichnung, aber doch der Sache nach eine Ungewißheit mit sich führt. Diese Ungewißheit kann sich nun entweder darauf beziehen, *wann* der **Dies** eintreten wird? (z. B. an dem Tage, da **A** sterben wird) oder darauf, *ob* derselbe wirklich werden wird? (z. B. an dem Tage, da **A** 30 Jahr alt sein wird) oder endlich darauf, *wann und ob* dieses der Fall sein wird? (z. B. an dem Tage, da **A** sich verheirathen wird). Aus dem Begriffe dieser Eintheilung ergibt sich aber von selbst, daß der **Dies incertus an et quando** nur dem Ausdruck nach als Zeitbestimmung angesehen werden kann, der Sache nach liegt darin eine wahre Bedingung. Denn offenbar ist es der Sache nach ganz und gar gleich, ob ich sage, an dem Tage, da **A** sich verheirathen wird, oder falls **A** sich verheirathet. Aber auch der **Dies incertus an** ist, der Sache nach, einer Bedingung gleich zu setzen, denn obschon hier nicht Alles ungewiß ist, so ist doch gerade das Wesentliche ungewiß, das nämlich, ob der angedeutete Zeitpunkt überhaupt je eintreten werde. Daher finden wir denn nun auch, daß beide eben bezeichnete Arten des

Digitized by Google

Dies incertus in unsern Quellen, der Regel nach, gleich einer Bedingung behandelt werden; sie wirken gleich dieser [1]). Wie nun aber steht es mit dem Dies incertus quando? Das Wesentlichste ist hier gewiß, nämlich, daß der bezeichnete Zeitpunkt einmal kommen wird, nur das Unwesentlichere ist ungewiß, nämlich, wann er eintreten werde. Und daher werden wir, wenn wir blos die Natur der Sache zu Rathe ziehen, sagen müssen: eine Zeitbestimmung dieser Art ist, auch abgesehen von dem Ausdruck, dem Dies certus näher verwandt, als der Conditio. Ziehen wir nun aber unsere Quellen zu Rathe, so finden wir: in Hinsicht der Verträge ist auch in ihnen der eben bezeichnete Gesichtspunkt anerkannt [2]). Anders aber verhält es sich bei letztwilligen Dispositionen. Da wird der Regel nach auch der dies incertus quando gleich einer Bedingung behandelt [3]). Und so ist denn nun in Hinsicht letztwilliger Verfügungen das Resultat dieses: der Regel nach wird jeder Dies incertus als conditio angesehen [4]). In Bezug auf den Sprachgebrauch muß ich noch dieses bemerken, daß es sehr gewöhnlich ist, den Dies certus κατ' ἐξοχήν Dies schlechthin zu nennen.

2. Die andere Eintheilung der Zeitbestimmungen ist analog jener Eintheilung der Bedingungen in Suspensiv- und Resolutivbedingungen. Es gibt nämlich Zeitbestimmungen, welche Beziehung haben auf den Anfang eines Rechtsverhältnisses, es gibt aber auch solche, welche sich auf die Beendigung eines Rechts-

1) Daß es bei Verträgen so gehalten werde, ergibt sich aus L. 16. §. 1. D. d. cond. indeb. XII, 6. verglichen mit L. 10. L. 16. pr. und L. 17. D. eod. L. 56. D. eod. (wo statt ›condictionis instar obtinet‹, wie der Cod. Flor. hat, mit der Vulg. u. Haloander zu lesen ist ›conditionis i. o.‹). — Was aber letztwillige Dispositionen betrifft, so verweise ich auf L. 8. C. d. testam. manum. VII, 2. L. 21. pr. D. quando dies legat. XXXVI, 2. ›Si dies apposita legato non est, praesens debetur, et confestim ad eum pertinet, cui datum est. Dies adjecta quamvis longa sit, si certa est, veluti Kalendis Januariis centesimis, dies quidem legati statim cedit, sed ante diem peti non potest. At si incerta, veluti quum pubes erit, quum in familia nupserit, quum magistratum inierit — — — nisi tempus conditiove obtigit, neque res pertinere, neque dies legati cedere potest. Vgl. L. 22. pr. D. eod.

2) L. 17. D. d. cond. indeb.

3) L. 4. pr. D. quando dies legat.

4) L. 75. D. d. cond. et dem. XXXV, 1. ›Dies incertus conditionem in testamento facit.‹

Digitized by Google

verhältnisses beziehen. Die erste Bezeichnung bezeichnen die Römer mit den Ausdrücken **ex die, in diem**, die zweite mit dem Ausdruck **ad diem** [5]). Unsere Neueren nennen einen Zeitpunkt, der auf den Anfang sich bezieht, **Terminus ex quo**, Anfangstermin, bezieht der Zeitpunkt sich auf das Ende, so heißt er **Terminus ad quem**, Endtermin.

§. 104.

ββ. Zulässigkeit und Wirkungen.

Gleich im Voraus muß ich bemerken, daß hier nur auf den **Dies certus** wird Rücksicht zu nehmen sein. Der **incertus** erfordert keine besondere Berücksichtignng, und zwar um deswillen, weil er durchaus keinen eigenthümlichen rechtlichen Bestimmungen unterliegt. Er wird immer beurtheilt entweder nach den Grundsätzen von Bedingungen, die wir bereits kennen gelernt haben, oder nach den Grundsätzen vom **certus dies**, von welchem hier die Rede sein soll.

I. Zulässigkeit.

Im Allgemeinen sind Zeitbestimmungen zulässig. Es gibt indessen auch Ausnahmen. Die Natur des vorzunehmenden Geschäfts, des zu begründenden Rechtsverhältnisses schließt, inwieweit sie Bedingungen unstatthaft macht, zugleich auch Zeitbestimmungen aus. Man kann aber nicht umgekehrt sagen: überall, wo Bedingungen statthaft sind, da sind auch Zeitbestimmungen zulässig. Nämlich: Es ist vollkommen zulässig, einen Erben **sub conditione** zu constituiren, unstatthaft aber Jemanden **ex certo die** zum Erben zu ernennen [1]). Der bloße Inhalt einer Zeitbestimmung kann, an und für sich, nie der Grund ihrer Unstatthaftigkeit sein. Wohl aber ist das möglich, daß der übrige Inhalt einer Disposition mit der hinzugefügten Zeitbestimmung unverträglich ist, und daß dadurch die Disposition zu einer perplexen wird. Dieses ist der Fall bei solchen Dispositionen, wel-

5) L. 44. §. 1. D. d. O. et A. XLIV, 7. §. 2. I. d. V. O. III, 15.

1) §. 9. I. d. hered. inst. II, 14. L. 34. D. eod. (XXVIII, 5.) »Hereditas ex die vel ad diem non recte datur, sed vitio temporis sublato manet institutio.«

Digitized by Google

che man praeposterae nennt. Man versteht darunter diejenigen, denen zu Folge ein Recht sich früher wirksam erweisen soll, als es vorhanden ist. So z. B. wenn ein Vertrag in der Art eingegangen wird: Einer fragt den Andern: versprichst Du mir, falls über's Jahr sich dieses oder jenes ereignet, heute 100 zu zahlen, und der andere bejaht diese Frage. Daß hierin etwas Ungehöriges liege, versteht sich von selbst.

II. Wirkungen.

1. Wirkungen zulässiger Zeitbestimmungen.

Bei der Anordnung eines Anfangstermines geht die Absicht nie dahin, daß das Recht, worauf der Termin sich bezieht, ungewiß bleiben soll, nein das Recht soll auf alle Weise entstehen, aber ehe ein gewisser Zeitpunkt eintritt, soll es nicht geltend gemacht werden. Angenommen daher, daß Jemand sich mittelst eines Vertrages gegen den Andern ex die zu einer gewissen Leistung anheischig macht — hier findet gar nicht jene im Fall einer Bedingung eintretende Ungewißheit Statt, sondern es ist vielmehr der Vertrag schon jetzt vollkommen bindend, es ist schon jetzt nicht bloß die Aussicht auf eine Obligatio vorhanden, sondern vielmehr diese selbst; allerdings aber braucht der, welcher leisten soll, die Leistung nicht eher zu beschaffen, als bis der bestimmte Tag da ist, eher kann also auch gegen ihn nicht mit Erfolg geklagt werden. Diesem nach werden wir also schon in dem Augenblicke, wo der Vertrag geschlossen ist, sagen müssen: cessit dies obligationis; aber ehe der bestimmte Tag gekommen ist, werden wir nicht sagen können, venit dies obligationis [2]). Uebrigens hat der Umstand, daß bei einem in diem eingegangenen Vertrage die Obligatio gleich von Anfang vorhanden ist, wichtige praktische Folgen, die wir weiterhin näher werden kennen lernen. — Was letztwillige Dispositionen betrifft, so sind es vornämlich die Vermächtnisse, die hier in Betracht kommen, denn es ist schon bemerkt worden, daß, einen Erben ex certo die zu ernennen, unstatthaft sei. Dagegen können Vermächtnisse ex certo die sehr füglich angeordnet werden. Ist dieses nun gesche-

2) §. 2. I. d. V. O. L. 213. pr. D. d. V. S. (S. §. 98. Anm. 1.)

Digitized by Google

hen, so cedirt der **Dies legati** ganz eben so, wie wenn die Zeitbestimmung gar nicht hinzugefügt wäre; diese hat also auf den vorläufigen Erwerb keinen Einfluß. Es ist hier anders, als bei einem bedingten Legate, wovon der Grund lediglich darin liegt, daß der Dies das Vermächtniß nicht ungewiß macht. Indessen: wenn schon das Vermächtniß durch die hinzugefügte Zeitbestimmung nicht ungewiß wird, so kann es doch **ante diem existentem** nicht geltend gemacht werden; darin eben zeigt sich die Wirkung des Dies [3]). Soviel über Anfangstermine. Ist der Termin ein Endtermin, so ist das Rechtsverhältniß, worauf er sich bezieht, gleich von Anfang nicht nur überhaupt vorhanden, sondern auch vollständig wirksam. Aber es hört auf mit dem Eintritte des Tages, bis zu welchem hin es bestehen sollte. Der Unterschied von einer Resolutivbedingung zeigt sich darin, daß bei einer Resolutivbedingung, so lange sie schwebt, die Aufhebung des in Rede stehenden Rechtsverhältnisses ungewiß ist; bei einem Endtermine dagegen gleich vom Anfange mit Gewißheit vorherzusehen ist, das Rechtsverhältniß werde aufgehoben werden. Und ferner hat ein bloßer Endtermin niemals rückwirkende Kraft.

2. Wirkungen unstatthafter Zeitbestimmungen.

Mit diesen verhält es sich auf eine ähnliche Weise, wie mit den Wirkungen unstatthafter Bedingungen. Nur zweierlei verdient besonders bemerkt zu werden: a. Wenn Jemand **ex die certo** zum Erben ernannt ist, so wird der **dies** als nicht hinzugefügt betrachtet [4]). b. Für solche Dispositionen, welche **praeposterae** sind, gilt folgende Regel: die Bestimmung, der zu Folge das beabsichtigte Recht sich früher wirksam erweisen soll, als es vorhanden ist, wird gleichfalls als nicht hinzugefügt betrachtet [5]).

§. 105.

γ. Zweckbestimmungen.

Wer einen Andern zum Erben einsetzt, oder mit einem Vermächtnisse bedenkt, oder auf andere Weise beschenkt, kann dabei

3) L. 21. pr. D. quando dies legat. (S. §. 103. Anm. 1.)
4) S. Anm. 1.
5) §. 14. I. d. inutilib. stipul. III, 19. L. 25. C. d. testam. VI, 23. »— — exactione videlicet post conditionem vel diem competente.«

Digitized by Google

erklären, es geschehe dieses, damit der Andre dieses oder jenes unterlasse, dieses oder jenes thue. Er kann dieses als den Zweck bezeichnen, zu welchem er ihm das fragliche Recht verleihe. Eine solche Erklärung wird Zweckbestimmung genannt. Die Meinung ist dabei gar nicht die, daß der Andere das in Rede stehende Recht nur dann erst erwerben solle, wenn er zuvor dasjenige, was ihm aufgegeben worden, beschafft haben würde. Nein, der Erwerb des Rechts soll von dem Inhalte der Zweckbestimmung unabhängig sein, erst nach erfolgtem Erwerbe soll der Erwerber gehalten sein, das ihm Aufgegebene auszuführen. Die Römer drücken sich, wenn sie das Vorhandensein einer Zweckbestimmung bezeichnen wollen, öfters so aus, es habe Jemand etwas erhalten ea lege, ut [1]). — Wo sie ungenau sprechen, gebrauchen sie von einer Zweckbestimmung auch wohl den Ausdruck Conditio [2]). Ferner gehört hieher der Ausdruck Modus. In der weitern Bedeutung bezeichnet er jede Art von Bestimmung, er wird sogar für die bloße Angabe eines Grundes gebraucht [3]). Aber in der engern, eigentlich technischen Bedeutung bezeichnet er eine Zweckbestimmung [4]).

Derjenige nun, welchem sub modo ein Recht verliehen ist, wird, wenn er das Recht annimmt, zur Erfüllung des Modus für schuldig geachtet. In gewissen Fällen kann von ihm dieser Erfüllung halber Sicherheitsleistung gefordert werden. Ferner kann, wenn er den Modus unerfüllt läßt, derjenige, der ein Interesse bei der Sache hat, bald auf Erfüllung klagen, bald aber auf Herausgabe des sub modo Empfangenen. Gelegentlich kann die Obrigkeit ex officio eintreten. Was letztwillige Verfügungen betrifft, so gehört das Nähere hierüber in das Erbrecht [5]),

1) Ich verweise unter anderen auf L. 1. C. d. donationib. quae sub modo etc. VIII, 55.

2) Z. B. in L. 21. §. 3. D. d. annuis legat. XXXIII, 1.

3) So L. 6. D. d. praescr. verb. XIX, 5. L. 44. §. 3. D. d. O. et A. XLIV, 7. L. 72. D. d. fidejussor. et mandat. XLVI, 1. L. 92. D. d. hered. inst. XXVIII, 5.

4) L. 17. §. ult. D. d. cond. et demonstr. XXXV, 1. »Quodsi cui in hoc legatum sit, ut ex eo aliquid faceret, veluti monumentum testatori — — sub modo legatum videtur.« L. 1. C. d. his, quae sub modo legat. VI, 45.

5) Wegen letztwilliger Verfügungen siehe L. 7. D. d. annuis legat. XXXIII, 1. »— — — in testamentis quaedam scribuntur, quae ad auctoritatem duntaxat scriben-

Digitized by Google

was aber den Modus bei eigentlichen Schenkungen betrifft, so wird das Ausführliche darüber im Obligationenrecht vorkommen.

Unter gewissen Voraussetzungen fällt nun aber die Verpflichtung, den Modus zu erfüllen, weg. Nämlich: 1. in der Regel da, wo irgend ein unverschuldetes factisches Hinderniß die Erfüllung unmöglich macht [6]). Doch kommt eine solche Unmöglichkeit demjenigen, welchem etwas sub modo geschenkt ist, nicht zu Statten, sobald der Schenkende bloß zu dem bestimmten Zwecke schenkte, und außerdem gar nicht geschenkt haben würde. Er kann dann das Geschenk zurückfordern [7]). 2. Wenn der Modus auf etwas Unerlaubtes, oder wenigstens in den Gesetzen Gemißbilligtes gerichtet ist [8]). 3. Wenn der Modus sich lediglich und allein auf den Vortheil eben desjenigen bezieht, welchem er vorgeschrieben ist [9]). So viel über Zweckbestimmungen an sich.

tis referuntur, nec obligationem pariunt. Haec autem talia sunt, si te heredem solum instituam, et scribam, uti monumentum mihi certa pecunia facias; nullam enim obligationem ea scriptura recipit, sed ad auctoritatem meam conservandam poteris, si velis, facere. Aliter atque si coherede tibi dato idem scripsero; nam sive te solum damnavero, uti monumentum facias, coheres tuus agere tecum poterit familiae herciscundae, uti facias, quoniam interest illius; quin etiam si utrique jussi estis hoc facere, invicem actionem habebitis. — — — Et in omnibus, ubi auctoritas sola testatoris est, neque omnimodo spernenda, neque omnimodo observanda est, sed interventu judicis haec omnia debent, si non ad turpem causam referuntur, ad effectum perduci.« cit. L. 21. §. 3. D. eod. cit. L. 1. C. d. his, quae sub modo leg. »In legatis quidem et fideicommrssis etiam modus adscriptus pro conditione observatur — — — —.« (d. h. der Modus wird gleich einer Conditio berücksichtigt, muß gleich dieser erfüllt werden.) L. 2. C. eod.

6) cit. L. 1. C. d. his, quae sub mod. (den Anfang dieser Lex siehe vor. Not.) »— — Sed si per te non stat, quo minus voluntati testatoris pareas, sed per eum, cui nubere jussa es, quo minus id, quod tibi relictum est, obtineas, nihil oberit.« Vgl. L. 8. C. d. condict. ob caus. dator. IV, 6.

7) L. 2. §. ult. D. d. donat. XXXIX, 5. »Titio decem donavi ea conditione, ut inde Stichum sibi emeret. Quaero: quum homo ante quam emeretur, mortuus sit, an aliqua actione decem recipiam? Respondi: facti magis, quam juris quaestio est; nam si decem Titio in hoc dedi, ut Stichum emeret, aliter non daturus, mortuo Sticho condictione repetam; si vero alias quoque donaturus Titio decem, quia interim Stichum emere proposuerat, dixerim, in hoc me dare, ut Stichum emeret, causa magis donationis, quam conditio dandae pecuniae existimari debebit, et mortuo Sticho pecunia apud Titium remanebit.« Vgl. L. 3. D. eod.

8) L. 16. D. d. usu et usufr. legat. XXXIII, 2. L. 37. L. 71. §. 2. D. d. cond. et demonstr. XXXV, 1.

9) L. 71. pr. D. eod. »Titio centum ita, ut fundum emat, le-

Digitized by Google

§. 106.

δ. Verstellung auf ein künftiges Arbitrium.

Oftmals wird bei Rechtsgeschäften die nähere Bestimmung des einen, oder des andern Punktes ausgesetzt, und Jemandes Ermessen anheim gegeben, auf Jemandes Ausspruch verstellt. So die Bestimmung darüber, wer das Subject eines gewissen Rechts, oder einer gewissen Verpflichtung sein soll, desgleichen etwaige Bestimmungen über die Beschaffenheit, das Maaß, die Zeit einer Leistung. Sehr häufig auch wird Jemandem das Recht einer Wahl eingeräumt. Hiebei nun kommen drei Punkte in Betracht:

A. Die Person des Arbitrators, d. h. desjenigen, dessen Ausspruch erwartet wird.

1. Dieser kann ein bei der Sache Betheiligter sein, z. B. wo die Wahl zwischen mehren Gegenständen gegeben ist.

2. Ein Dritter,

a. ein unbestimmter, z. B. wenn etwas der Beurtheilung von Sachverständigen anheim gegeben wird.

b. Ein bestimmter Dritter, z. B. Titius soll wählen, soll die Höhe des Preises bestimmen.

B. Die Beschaffenheit des Arbitrii selbst.

Es kann sein sollen, **mera voluntas**, **plenum arbitrium voluntatis**, aber es kann auch der Ausspruch sein sollen ein **boni viri arbitrium** [1]). Die **mera voluntas** ist etwas rein Subjectives, nicht so das **boni viri arbitrium**, und daher ist denn, wo es auf dieses ankommt, eine Abänderung, eine Correctur durch den Richter statthaft [2]).

gata sunt. Non esse cogendum Titium cavere, Sextus Caecilius existimat, quoniam ad ipsum duntaxat emolumentum legati rediret. Sed si filio fratris alumno minus industrio prospectum esse voluit, interesse heredis credendum est, atque ideo cautionem interponendam, ut et fundus comparetur, ac postea non alienetur.«

1) L. 75. pr. D. d. legat. I. L. 11. §. 7. D. d. legat. III. L. 76. D. pro soc. XVII, 2. »— — Arbitriorum enim genera sunt duo, unum ejusmodi, ut sive aequum sit, sive iniquum, parere debeamus (quod observatur, quum ex compromisso ad arbitrum itum est) alterum ejusmodi, ut ad boni viri arbitrium redigi debeat, etsi nominatim persona sit comprehensa, cujus arbitratu fiat.«

2) cit. L. 76. D. pro soc. L. 78. L. 79. D. eod. »In proposita autem

Digitized by Google

C. Der Gegenstand, auf welchen der Ausspruch sich beziehen soll.

1. In einigen Fällen ist das Verstellen auf das **Arbitrium** eines Andern ganz und gar unzulässig. So bei der Ernennung eines Erben.

2. In andern kommt es bei der Frage nach der Zulässigkeit auf die Person an, die arbitriren soll. So z. B. ist es beim Kauf und bei der Miethe zwar zulässig, die Bestimmung des Preises und des Miethgeldes einem Dritten zu überlassen, aber, der Regel nach, muß es ein bestimmter Dritter sein.

3. In gewissen Beziehungen ist zwar ein **Arbitrium**, aber kein **plenum arbitrium voluntatis** statthaft, sondern nur ein **boni viri arbitrium**. So z. B. wenn es in das **Arbitrium** des Erben gestellt werden soll, ob er ein vom Testator angeordnetes Vermächtniß solle zu leisten haben, oder nicht [3]). In solchen Fällen nun wird häufig die Verstellung auf das **Arbitrium** so ausgelegt, als ob ein **boni viri arbitrium** genannt sei, wenn schon dieses nicht ausdrücklich geschehen sein mag [4]).

d. Ungültigkeit.

§. 107.

α. Arten der Ungültigkeit.

1. In Bezug auf die Beschaffenheit der Ungültigkeit ist zwischen directer und indirecter Ungültigkeit zu unterscheiden. Ein Rechtsgeschäft ist direct ungültig, wenn es als gar nicht vorhanden angesehen wird, und also inwieweit dieses der Fall ist, gar keine rechtliche Folgen hat. Ein solches Rechtsgeschäft wird auch so bezeichnet: Es ist **ipso jure** ungültig, es ist **inutile**, es ist **nullum**, es ist nichtig. Im eigentlichen Sinne bezieht der Ausdruck Nichtigkeit sich nur eben auf die directe Ungültigkeit. Der Grund der Nichtigkeit kann enthalten sein in der

quaestione arbitrium viri boni existimo sequendum esse, eo magis, quod judicium pro socio bonae fidei est. — Unde si Nervae arbitrium ita pravum est, ut manifesta iniquitas ejus appareat, corrigi potest per judicium bonae fidei.«

3) cit. L. 75. pr. D. d. legat. I.

L. 11. §. 7. D. d. legat. III.

4) cit. L. 76. 78. D. pro soc.

L. 24. pr. D. locat. cond. XIX, 2.

L. 3. C. d. dot. promiss. V, 11.

Digitized by Google

persönlichen Unfähigkeit zu dem Rechtsgeschäft, wie wenn ein Wahnsinniger einen Vertrag schließt, ein Unmündiger ein Testament errichtet; ferner in einem speciellen Mangel hinsichtlich der Willensbestimmung, z. B. in einem Irrthume, desgleichen in der Unstatthaftigkeit des Objects, wie wenn Jemand sich vertragsmäßig zu einer unerlaubten Handlung verpflichtet; endlich in dem Mangel der gesetzlich vorgeschriebenen Form, wie dieses z. B. bei Testamenten vorkommen kann. — Dagegen ist ein Rechtsgeschäft indirect ungültig, wenn es zwar nicht schlechthin und an sich selbst ungültig ist, aber doch aus irgend einem Grunde angefochten, und in seiner Wirkung gehemmt werden kann, wie z. B. wenn Jemand zu einem Rechtsgeschäft gezwungen worden ist; weßhalb ich an §. 84. erinnere. Oftmals kann ein solches Rechtsgeschäft mittelst einer Klage angefochten werden, immer aber wird derjenige, welcher daraus belangt wird, sich mit einer **Exceptio** schützen können, daher pflegt man von Rechtsgeschäften dieser Art zu sagen, sie seien **per exceptionem** ungültig. Hiebei ist denn nun aber besonders wichtig der Umstand, daß bei indirect ungültigen Rechtsgeschäften der Grund der Anfechtbarkeit etwas Selbstständiges ist. Er kann aus dem Wege geräumt werden, und dann wird das Geschäft sich wirksam erweisen; so z. B. wenn derjenige, der seinen Willen anfangs gezwungener Weise erklärt hat, hinterdrein, zu einer Zeit, wo er dem Zwange nicht weiter unterworfen ist, die frühere Willenserklärung wiederholt.

2. In Bezug auf die Personen, welche sich auf die Ungültigkeit eines Rechtsgeschäfts berufen, dasselbe als ungültig behandeln dürfen, unterscheidet man zwischen absoluter und relativer Ungültigkeit. Ein Rechtsgeschäft ist absolut ungültig, wenn es in Bezug auf alle und jede Personen, relativ ungültig aber, wenn es nur in Bezug auf das Interesse gewisser Personen als ungültig behandelt wird. Ein solches relativ ungültiges Geschäft ist wirksam, sobald das Interesse der einzelnen Person, auf die es gerade ankommt, auf irgend eine Weise beseitiget ist, wohin denn auch das gehört, wenn diese Person es nicht für gut findet, von ihrer Befugniß, das Geschäft als ein ungültiges zu

Digitized by Google

behandeln, Gebrauch zu machen. Das Verhältniß dieses zweiten Gegensatzes zu dem unter Nro. 1. bezeichneten ist dieses: die indirecte Ungültigkeit ist immer eine relative. So ist z. B. ein inofficiöses Testament keineswegs nichtig, es kann indessen angefochten werden, und deshalb indirect ungültig. Aber von wem kann es angefochten werden? Nicht von jedem, sondern nur von solchen Personen, die zu dem Testator in einem ganz besondern Verhältniß stehen, und so ist denn jene indirecte Ungültigkeit des Testaments zugleich eine relative. Dagegen ist die directe Ungültigkeit mehrentheils zugleich eine absolute. Ein Testament z. B., bei dem die gesetzlich vorgeschriebene Form nicht beobachtet ist, ist direct ungültig, zugleich aber auch absolut, denn es braucht schlechterdings Niemand es anzuerkennen. Indessen kann doch auch der Fall vorkommen, daß die directe Ungültigkeit nur eine relative ist. Wenn z. B. ein Unmündiger ohne die Autorität seines Tutors mit einem Großjährigen einen Kaufvertrag geschlossen hat, so ist der Vertrag in Bezug auf den Unmündigen **ipso jure** ungültig, er ist daran nicht gebunden, wohl aber der andere Contrahent. Wir haben also hier eine directe Ungültigkeit, die zugleich eine relative ist [1]). Manche Neuere behandeln die bisher bezeichneten beiden Gegensätze als identisch, aber das ist unrichtig.

3. Kommt bei der Ungültigkeit der Rechtsgeschäfte der Umfang der Ungültigkeit in Betracht. Die Ungültigkeit kann sich auf das Geschäft im Ganzen erstrecken und so also alle Theile desselben afficiren, aber es kann auch sein, daß das Geschäft nur in Bezug auf einzelne Theile ungültig ist. Hierauf nun bezieht sich der Satz: „**utile non debet per inutile vitiari** [2]), dem zu Folge die Ungültigkeit einzelner Bestimmungen der Gültigkeit der übrigen keinen Eintrag thut. Beispiele zur Erläuterung enthalten die in der Note angeführten Stellen [3]); unter andern dieses: Wenn Jemand einem Andern unter Lebendigen ein Geschenk

1) L. 13. §. 29. D. d. A. E. V. XIX, 1.
2) c. 37. in VI. d. R. J. (tit. ult.)
3) L. 11. §. 1. L. 12. D. d. pecun. constit. XIII, 5. L. 29. D. d. usur. XXII, 1. L. 5. §. 1. L. 31. §. 4. D. d. donat. int. Vir. et Ux. XXIV, 1. L. 1. §. 5. L. 110. pr. D. d. V. O. XLV, 1. L. 34. pr. C. d. donat. VIII, 54.

Digitized by Google

macht, welches ein gewisse Summe übersteigt, so bedarf es zur Gültigkeit der Schenkung der gerichtlichen Insinuation. Ist diese indessen unterblieben, so ist doch nicht die ganze Schenkung ungültig, sondern sie ist es nur inwieweit sie über jene Summe hinausgeht. Uebrigens muß ich bemerken, daß unser Satz nicht allgemein gilt. So zieht namentlich die Ungültigkeit des Hauptinhalts zugleich die Ungültigkeit des Nebeninhalts nach sich [4]). Daher ist in der Regel ein Testament, in welchem die Erbeseinsetzung ungültig ist, seinem ganzen Inhalte nach unwirksam. Zuletzt ist

4. auf die Zeit der sich ergebenden Ungültigkeit Rücksicht zu nehmen. Ein Rechtsgeschäft kann gleich vom Anfange ungültig sein, es kann aber auch sein, daß es nur erst durch später eintretende Ereignisse gültig zu sein aufhört. Auf diese später erst eintretende Ungültigkeit bezieht sich der Unterschied, welchen die Neuern zwischen Rescission und Infirmation machen. Unter der Rescission versteht man einen richterlichen Act der Aufhebung, wie er z. B. bei der inofficiosi querela vorkommt. Jede andere Art der Aufhebung bezeichnet man mit dem Ausdrucke Infirmation. Diese letztere, die Infirmation, kann mancherlei Gründe haben, unter andern die Regel, daß ein Rechtsgeschäft infirmirt werde, wenn Umstände eintreten, unter welchen dasselbe, wären sie gleich anfangs vorhanden gewesen, schon von Haus aus ungültig gewesen sein würde [5]). Man kann es jedoch nicht als eine allgemeine Regel gelten lassen, daß durch eine solche Veränderung der Umstände Rechtsgeschäfte infirmirt würden. In vielen Fällen besteht ein Rechtsgeschäft der eingetretenen Veränderung ungeachtet [6]). Nämlich jene Regel pflegt da nicht zur Anwendung zu kommen, wo nur solche Umstände sich ändern, welche

4) L. 178. D. d. R. J. »Cum principalis causa non consistat, plerumque ne ea quidem, quae sequuntur, locum habent.«

5) L. 3. §. 2. D. XXXIV, 8. »— — — Nam quae in eam causam perveneruut, a qua incipere non poterant, pro non scriptis habentur.«

6) L. 140. §. 2. D. XLV, 1. »Etsi placeat extingui obligationem, si in eum casum inciderit, a quo incipere non potest, non tamen hoc in omnibus verum est — — —.« L. 85. §. 1. D. L, 17. »Non est novum, ut, quae semel utiliter constituta sunt, durent, licet ille casus extiterit, a quo initium capere non potuerunt.«

Digitized by Google

außer Beziehung stehen zu der Erfüllung des Geschäfts. Z. B. es testirt Jemand zu einer Zeit, da er **sanae mentis** ist, hinterdrein aber wird er wahnsinnig [7]). Dagegen pflegt die Regel allerdings angewandt zu werden, wo gerade solche Umstände sich ändern, welche die Erfüllbarkeit des Rechtsgeschäfts betreffen [8]). Doch auch hier kommt sie nicht in jeder Beziehung zur Anwendung. Denken wir uns, die Erfüllung eines vertragsmäßig gegebenen Versprechens wird durch die Vernichtung des zu leistenden Gegenstandes unmöglich, aber der Debitor hat die Vernichtung verschuldet, und die Verschuldung ist eine solche, wofür er haftet. Hier wird der Vertrag keineswegs ungültig; der Debitor muß nun das Interesse leisten. Oder nehmen wir an: Es ist Jemandem eine Sache **pure** legirt. Gehört da die Sache dem Legatar ohne dieses schon zur Zeit des errichteten Legats, so ist das Legat nichtig. Wird aber der Legatar erst später Eigenthümer der Sache, und zwar **ex causa onerosa**, so hört das Legat keineswegs schlechthin auf, gültig zu sein; der Legatar kann Ersatz desjenigen fordern, was er für die Sache gegeben hat [9]).

§. 108.

β. Mögliche Wirksamkeit eines an sich ungültigen Rechtsgeschäfts wegen Convalescenz oder Conversion.

I. Convalescenz.

Ein an und für sich von Anfang her ungültiges Rechtsgeschäft kann in der Folge möglicher Weise dadurch gültig werden, daß die Gründe, aus welchen es ungültig war, wegfallen. Dieses nennt man die Convalescenz eines Rechtsgeschäfts. Es ist klar, daß darin das Umgekehrte der Infirmation liegt. Regel ist dieses keineswegs, vielmehr wird in mehreren Stellen als Regel der Satz aufgestellt: Was einmal von Anfang ungültig ist, das

7) §. §. 1. 2. I. quib. non est permiss. II, 12.

8) Hieher gehört die Stelle in Anm. 5.

9) Dies und noch andere Beispiele enthalten §. §. 6. 14. I. d. legat. II, 20. Ausführlich handelt von dem hier besprochenen Gegenstande **Averanius, Interpretationes, Lib. IV. cap. 24 — 26.**

Digitized by Google

kann auch durch die Folge der Zeit nicht gültig werden [1]). Die Regel hat jedoch ihre Ausnahmen:

1. Es gibt Geschäfte beruhend auf gegenseitiger Einwilligung, die nun aber doch, der vorhandenen Einwilligung ungeachtet, wegen eines anderweitigen Hindernisses, von Anfang ungültig sind. Da nun kann es geschehen, daß bei fortdauernder Einwilligung jenes anderweitige Hinderniß in der Folge wegfällt, und dadurch nun das Geschäft zu einem gültigen wird. Hieher gehört u. a. folgender Fall: Eine Unmündige verheirathet sich. Der Unmündigkeit wegen ist die Ehe nichtig. Wenn nun aber die Verheirathung fortgesetzt wird, so fängt sie von dem Augenblicke, wo die Frau mündig wird, an, eine gültige Ehe zu sein [2]). Ferner: wenn der Vater einem seiner Gewalt unterworfenen Kinde unter Lebendigen ein Geschenk macht, so ist dieses Geschenk, wegen des bestehenden Nexus der väterlichen Gewalt, und der daraus hervorgehenden, juristischen Einheit der Personen zwischen Vater und Kind, ungültig. Allein mit dem Tode des Vaters fällt dieses Hinderniß weg. Hat daher der Vater das Geschenk nicht zurückgenommen, hat er seinen Willen nicht geändert, so wird nunmehr die Schenkung als gültig angesehen [3]). Ebenso: Wenn Ehegatten einander unter Lebendigen ein Geschenk machen, so ist diese Schenkung gleichfalls nichtig. Sie ist es aber bloß der bestehenden Ehe wegen. Wenn daher der Schenkende stirbt, ohne seinen Willen geändert zu haben, so wird mit seinem Tode die Schenkung gültig [4]).

2. Ein Geschäft unter Lebendigen kann, weil es an der Einwilligung einer bestimmten Person fehlt, anfangs ungültig sein, in der Folge aber dadurch, daß diese Person ihre Zustimmung erklärt, gültig werden. Eine solche, späterhin erst erfolgende

1) So namentlich in L. 29. D. d. R. J. »Quod initio vitiosum est, non potest tractu temporis convalescere.« Beispiele von der Anwendung dieser Regel auf Geschäfte unter Lebendigen enthalten §. 2. I. d. inutilib. stipul. III, 19. L. 17. §. 4. D. d. pact. II, 14. Die Anwendung auf Geschäfte von Todeswegen ergeben L. 201. L. 210. D. d. R. J. Tit. DIG. XXXIV, 7. De regula Catoniana.

2) L. 4. D. d. R. N. XXIII, 2. Vgl. L. 27. L. 65. §. 1. D. eod.

3) L. 25. C. d. donat. int. V. et U. V, 16.

4) cit. L. 25. C. L. 32. D. eod. (XXIV, 1.)

Digitized by Google

Genehmigung nennt man Ratihabition. Davon im §. 110.

Zuletzt muß ich noch Folgendes bemerken: Bei bedingten Rechtsgeschäften ist der Fall nicht selten der: Zur Zeit der Errichtung sind Umstände vorhanden, die, wenn es schon jetzt auf die Erfüllung, auf die Realisirung desjenigen ankäme, was durch das Rechtsgeschäft bezweckt wird, diese verhindern würde. Aber zur Zeit der erfüllten Bedingung sind diese Hindernisse nicht mehr vorhanden. Alsdann ist es Regel, daß das Rechtsgeschäft als gültig angesehen wird. Und so könnte es scheinen, daß auch hier ein Fall der Convalescenz vorhanden sei. Allein so ist es nicht. Vielmehr ist die Sache diese: Man pflegt überhaupt die Gültigkeit bedingter Dispositionen, inwieweit diese von der Möglichkeit der Erfüllung abhängt, nicht nach der Zeit der Errichtung, sondern nach dem Verhältnisse zur Zeit der erfüllten Bedingung zu beurtheilen. Stellen sich zur Zeit der Errichtung Hindernisse entgegen, so sagt man nicht, das Geschäft ist ungültig, sondern man sagt, die Gültigkeit desselben ist in suspenso, es wird darauf ankommen, wie zur Zeit der erfüllten Bedingung die Umstände sein werden. Als Beispiel zur Erläuterung des hier Gesagten diene folgender Fall: Ich stipulire mir von einem Andern unter einer Bedingung eine Sache, die bereits die meinige ist. Wäre die Stipulation eine unbedingte, so wäre sie ungültig, denn wie kann der Andere mich zum Eigenthümer einer Sache machen, die sich bereits in meinem Eigenthume befindet. Aber die Stipulation ist eine bedingte, und darum ist sie gültig, sobald ich zur Zeit der erfüllten Bedingung nicht mehr Eigenthümer bin [5]). So verhält es sich mit bedingten Dispositionen der Regel nach. Diese Regel ist indessen nicht ohne Ausnahmen, wie wir in der Folge sehen werden. §. 431.

II. Conversion.

Ein Rechtsgeschäft kann, inwiefern es als ein Rechtsgeschäft dieser Art betrachtet wird, ungültig sein, während es als gültig erscheint, wenn man es als ein Rechtsgeschäft anderer Art

5) L. 31. D. d. V. O. XLV, 1. Vgl. L. 41. §. 2. D. d. legat. I.

Digitized by Google

ansieht. Die wirkliche Anwendung einer solchen Ansicht ist es, was man die Conversion eines Rechtsgeschäfts nennt. Da es nun überhaupt Grundsatz ist, Rechtsgeschäfte wo möglich aufrecht zu erhalten, so muß im Allgemeinen die Conversion als etwas Zulässiges betrachtet werden. Wenn sie jedoch Statt finden soll, so ist durchaus nothwendig, daß das zu convertirende Rechtsgeschäft alle Erfordernisse desjenigen habe, worein es convertirt werden soll; es muß also eventuell beabsichtigt sein, d. h. derjenige, der ein Rechtsgeschäft auf eine ungültige Weise vornimmt, muß die Absicht gehabt haben, in subsidium das zu substituirende Geschäft einzugehen, und diese Absicht muß mit Sicherheit erkannt werden können. Bei der Conversion eines Testaments in ein Codicill wird sogar eine ausdrückliche Erklärung dieser Absicht erfordert. Diese Erklärung ist es eben, welche man die **Clausula codicillaris** nennt [6]).

§. 109.

e. Interpretation.

Rechtsgeschäfte können durch diejenigen selbst, welche sie vorgenommen haben, interpretirt werden. Denken wir uns nun zunächst ein einseitiges Rechtsgeschäft, so wird die eigne Interpretation desjenigen, welcher es vorgenommen hat, vor jeder andern den Vorzug behaupten, man wird sich nur an sie zu halten haben. So z. B. wenn der Testator sich darüber erklärt hat, wie er diese oder jene Stelle seines Testaments verstanden wissen wolle [1]). Ist dagegen von einem mehrseitigen Rechtsgeschäfte die Rede, so kann begreiflicher Weise einer Interpretation, die nur von einem Einzelnen unter den mehreren Theilnehmern ausgeht, kein entscheidendes Gewicht beigelegt werden. Soviel über die eigne Interpretation der Interessenten.

6) **L. 1. D. d. jure codicillor. XXIX, 7.** »Saepissime rescriptum et constitutum est, eum, qui testamentum facere opinatus est, nec voluit quasi codicillos id valere, videri nec codicillos fecisse. Idcoque quod in illo testamento scriptum est, licet quasi in codicillis poterit valere, tamen non debetur.« Die Nothwendigkeit ausdrücklicher Erklärung dieser Absicht erhellt aus **L. 8. §. 1. C. d. codicill. VI, 36.**

1) **L. 96. D. d. R. J.** »In ambiguis orationibus maxime sententia spectanda est ejus, qui eas protulisset.« Vgl. **L. 21. §. 1. D. qui testam. fac. XXVIII, 1.**

Digitized by Google

Wo es nun aber an einer solchen fehlt, oder die etwa vorhandene nicht zureichend erscheint, da tritt die richterliche Interpretation ein. Zunächst muß der Richter die Worte erwägen, wobei denn, wie bei der Erklärung der Gesetze das **Argumentum a contrario** Statt findet [2]). Die Worte sind aber nicht das Einzige, worauf er zu sehen hat, mehr noch, als diese selbst, kommt die damit verbundene Absicht in Betracht; auch in dieser Beziehung steht die Interpretation der Rechtsgeschäfte der Interpretation der Gesetze gleich: die Absicht geht den Worten vor [3]). Nur wo die Worte klar sind, und an sich zu keinem Zweifel Anlaß geben, da fällt die Frage nach der Absicht weg, wenigstens darf der Richter sich von dem Wortsinne nur dann entfernen, wenn eine davon verschiedene Absicht ganz evident dargethan ist [4]). Wo dagegen die Worte nicht ganz klar und unzweideutig sind, da bedarf es für die Constatirung der Absicht nicht gerade dieser Evidenz, sondern es kommt auch schon die bloß wahrscheinliche Absicht in Betracht. Auf diese Berücksichtigung der wahrscheinlichen Absicht beziehen sich folgende Regeln:

1. Wo der Ausdruck zweideutig ist, da gebührt der Vorzug derjenigen Sentenz, **quae rei gerendae aptior est** [5]). **Aptior** ist natürlich diejenige Bedeutung, welche mehr als eine andre dem Zweck und der Natur des Geschäfts entspricht [6]). Aber es läßt sich auf unsern Grundsatz auch die Regel zurückführen, daß man der Auslegung, bei welcher ein Rechtsgeschäft aufrecht erhalten

2) L. 26. §. 2. D. d. pact. dotalib. XXIII, 4.

3) L. 219. D. d. V. S. »In conventionibus contrahentium voluntatem potius, quam verba spectari placuit. — —« L. 24. (25.) D. d. reb. dub. XXXIV, 5. »Cum in testamento ambigue aut etiam perperam scriptum est, benigne interpretari, et secundum id, quod credibile est, cogitatum, credendum est. Vgl. L. 3. C. d. liber. praeterit. VI, 28.

4) L. 25. §. 1. D. d. legat. III. »Cum in verbis nulla ambiguitas est, non debet admitti voluntatis quaestio.« L. 69. pr. D. eod. »Non aliter a significatione verborum recedi oportet, quam cum manifestum est, aliud sensisse testatorem.« Diese Stellen beziehen sich zunächst nur auf letztwillige Verfügungen; sie finden indessen Anwendung auch auf andere Rechtsgeschäfte.

5) L. 67. D. d. R. J. »Quotiens idem sermo duas sententias exprimit, ea potissimum excipiatur (Hal.: accipietur), quae rei gerendae aptior est.«

6) Beispiele enthalten: L. 29. D. locat. conduct. XIX, 2. L. 43. pr. D. d. damno inf. XXXIX, 2.

Digitized by Google

werden kann, vor derjenigen, durch welche es ungültig werden würde, den Vorzug geben muß [7]).

2. Im Zweifel ist das für beabsichtigt zu halten, wofür die Consuetudo, die Gewohnheit, spricht. Dabei kommt denn theilweise der allgemeine Gebrauch in Betracht [8]), theils der besondere Gebrauch der Gegend, in welcher das Geschäft vorgenommen ist [9]), theils endlich die individuelle Gewohnheit der handelnden Personen [10]).

3. Wenn es sich fragt, ob Jemand von seinen Rechten mehr, oder weniger aufgegeben, oder ob er an Verbindlichkeiten mehr, oder weniger übernommen habe, so hat man im Zweifel das Wenigere für das Beabsichtigte zu halten [11]).

4. In besonderer Beziehung auf Verträge enthalten die Quellen folgende Bestimmungen: Eine Stipulation ist im Zweifel gegen den Stipulator, für den Promittenten zu interpretiren [12]), und zwar deswegen: Der Stipulator ist derjenige, welcher die Frage stellt und dadurch den Gegenstand des Vertrags bezeichnet; die Thätigkeit des Promittenten beschränkt sich darauf, jene Frage zu bejahen, zu versprechen, was der Stipulator von ihm fordert. Die Schuld der Zweideutigkeit und Dunkelheit liegt also immer an dem Stipulator. Ferner wird die Regel gegeben: Kauf- und Miethverträge sind im Zweifel gegen den Verkäufer, gegen den Vermiether zu erklären, und als Grund wird angeführt: sie wären diejenigen, die es in ihrer Gewalt gehabt hätten, sich deut-

7) Siehe L. 34. §. 1. D. d. legat. II. L. 21. (22.) D. d. reb. dub. XXXIV, 5. L. 80. D. d. V. O. XLV, 1. »Quoties in stipulationibus ambigua oratio est, commodissimum est, id accipi, quo res, qua de agitur, in tuto sit.«

8) L. 114. D. d. R. J. »In obscuris inspici solet, quod verosimilius est, aut quod plerumque fieri solet.«

9) L. 34. D. eod. »Semper in stipulationibus et in ceteris contractibus id sequimur, quod actum est. At si non pareat, quid actum est, erit consequens, ut id sequamur, quod in regione, in qua actum est, frequentatur. Quid ergo, si neque regionis mos appareat, quia rarius fuit? Ad id quod minimum est, redigenda summa est.« Vgl. L. 50. §. ult. D. d. legat. I.

10) cit. L. 50. §. ult. D. d. legat. I.

11) L. 39. §. 6. D. d. legat. I. L. 99. pr. D. d. V. O. XLV, 1. L. 9. cit. L. 34. D. d. R. J. (S. Note 9.)

12) L. 26. (27.) D. d. reb. dub. L. 38. §. 18. D. d. V. O. cit. L. 99. pr. D. eod. »— — — ac fere secundum promissorem interpretamur, quia stipulatori liberum fuit, verba late concipere — — —.«

Digitized by Google

licher zu erklären [13]). Fragen wir nun aber, warum gerade sie, warum nicht der Käufer, der Miether, so ist die Antwort: Die Festsetzung der Kauf- und Miethverträge war bei den Römern die Sache gerade des Verkäufers, des Vermiethers, dessen Schuld also war es, wenn er sich nicht deutlicher ausgedrückt hatte. Auch heutiges Tages noch pflegt es bei schriftlich abzufassenden Verträgen zu geschehen, daß gerade der Verkäufer und Vermiether den Vertrag entwirft. — Es kommt nunmehr darauf an, aus diesen einzelnen Bestimmungen, eine allgemeine Regel abzuleiten. Viele Neuere fassen diese allgemeine Regel so: Im Zweifel ist ein Vertrag überhaupt gegen denjenigen zu erklären, **qui apertius loqui debuisset.** Gegen diese Regel läßt sich denn auch in der That Nichts einwenden, nur erfordert die Anwendung derselben eine fernere Bestimmung darüber, wer denn jedes Mal derjenige sei, **qui apertius loqui debuisset.** Und da dürfte denn die richtige Bestimmung diese sein: Wenn möglicher Weise die projectirte Fassung eines Vertrages zu meinem Nachtheil ausgelegt werden kann, so bin ich derjenige, der dabei interessirt ist, daß nähere Bestimmungen hinzugefügt werden, welche jenen Nachtheil ausschließen, meine Sache ist es, dafür zu sorgen, und thue ich es nicht, so bin ich derjenige, **qui apertius loqui debuisset.**

Außer dem bisher Erörterten kommt nun aber auch noch Folgendes in Betracht. Gewisse Geschäfte werden um ihres Zweckes willen ganz besonders begünstigt, und dieses hat denn auch Einfluß auf die Interpretation. Dahin gehört namentlich die Constituirung einer **Dos.** Eine darauf Bezug habende Uebereinkunft ist im Zweifel so auszulegen, wie es für die Begründung und Wirksamkeit des beabsichtigten Dotalverhältnisses am vortheilhaftesten ist [14]).

Soviel über die Regeln, welche der Richter bei der Interpretation der Rechtsgeschäfte zu befolgen hat. Sind nun aber

13) **L. 39. D. d. pact. II, 14.** »Veteribus placet, pactionem obscuram vel ambiguam venditori et qui locavit nocere, in quorum fuit potestate, legem apertius conscribere.« **L. 21. D. d. C. E. XVIII, 1.** »Labeo scripsit, obscuritatem pacti nocere potius debere venditori, qui id dixerit, quam emptori, quia potuit re integra apertius dicere.« **L. 33. D. eod. L. 172. pr. D. d. R. J.**

14) **L. 85. pr. D. d. R. J.**

Digitized by Google

die Erklärungen der Intereſſenten ſo dunkel, daß ſich der Sinn gar nicht herausfinden läßt, ſo bleibt das Geſchäft, inwieweit dieſes der Fall iſt, ohne Wirkung [15]).

B. Von gewiſſen Rechtsgeſchäften insbeſondere. (§. §. 110-117.)

§. 110.

a. Ratihabition.

Ratihabition, Genehmigung, iſt die Ertheilung der Zuſtimmung zu etwas bereits Geſchehenem. Sie kann ausdrücklich erfolgen, aber auch ſtillſchweigend. Im Allgemeinen iſt ſie bei Geſchäften unter Lebendigen eben ſo zuläſſig, wie vorangehende Zuſtimmung [1]). Dabei iſt nun aber eine wichtige Frage die: Hat die Ratihabition rückwirkende Kraft, oder wirkt ſie nur in Beziehung auf die Folge der Zeit? Die richtige Antwort iſt in folgenden Sätzen enthalten:

1. Wenn ein Geſchäft von der Art iſt, daß es der fehlenden Zuſtimmung halber an und für ſich mehr, oder weniger ungültig iſt, ſo hat die nachfolgende Genehmigung, der Regel nach, allerdings rückwirkende Kraft, es iſt nun ſo gut, wie wenn die Zuſtimmung ſchon von Anfang an vorhanden geweſen wäre [2]).

2. Soll einem an ſich ſchon rechtsbeſtändigen Verhältniſſe durch Genehmigung nur eine neue, anderweitige Beziehung gegeben werden, ſo hat die Ratihabition keine rückwirkende Kraft. Dahin gehört z. B. dieſes, daß, der richtigen Anſicht nach, das aus

15) L. 2. D. d. his quae pro non script. XXXIV, 8. L. 73. §. 3. D. d. R. J. »Quae in testamento ita sunt scripta, ut intelligi non possint, perinde sunt, ac si scripta non essent.«

1) L. 20. pr. d. P. A. XIII, 7. L. 12. §. 4. D. d. solut. et liberat. XLVI, 3. »Sed etsi non vero procuratori solvam, ratum autem habeat dominus, quod solutum est, liberatio contingit; rati enim habitio mandato comparatur.«

2) L. 25. C. d. donat. int. V. et U. V, 16. L. 7. pr. C. ad SCtum Macedon. IV, 28. »— — — quum nostra novella lege generaliter omnis ratihabitio prorsus retrotrahatur, et confirmet ea, quae ab initio subsecuta sunt.« — So allgemein nun aber auch dieſe Stelle lautet, ſo findet doch der richtigen Anſicht nach eine Ausnahme von dieſer Regel ſtatt, wo Kinder unter väterlicher Gewalt ſich ohne vorgängige Zuſtimmung des Parens verheirathen, und dieſe Zuſtimmung nun hinterdrein erſt erfolgt: hier hat die Genehmigung keine rückwirkende Kraft. Das Nähere hierüber im §. 679.

Digitized by Google

der Negotiorum gestio entspringende Verhältniß durch Ratihabition von Seiten des Dominus negotiorum nur für die Folge in ein Mandatsverhältniß verwandelt wird, nicht in Beziehung auf die Vergangenheit [3]). Darüber im §. 644.

§. 111.

b. Renunciation.

Darunter versteht man die Verzichtleistung, die Entsagung auf ein uns zukommendes Recht. — Einer Verbindlichkeit kann Niemand sich willkürlich entziehen. Einem ihm zustehenden Rechte aber mag Jeder mit Erfolg entsagen, vorausgesetzt, daß er einen Begriff davon hat, und daß er überhaupt über die ihm zustehenden Rechte frei verfügen kann. Ich sage, vorausgesetzt, daß er einen Begriff hat von dem Rechte, dem er entsagt. Fehlt es daran, so erfordert die Renunciation zu ihrer Gültigkeit vorgängige Belehrung. Uebrigens kann die Renunciation sowohl eine stillschweigende sein, als eine ausdrückliche. Ferner kann sie eine generelle sein, die sich auf einen ganzen Umfang von Rechtszuständigkeiten bezieht, aber auch eine specielle, welche auf einzelne Rechte beschränkt ist. Die eine, wie die andre ist stricte zu erklären, d. h. man muß im Zweifel immer annehmen, daß der Renunciirende so wenig, wie möglich, habe aufgeben wollen. Und daher wird denn auch eine generelle Renunciation auf solche Rechte nicht bezogen, an welche der Renunciirende wahrscheinlich nicht gedacht hat [1]).

Noch bleibt die Frage zu erwägen: Kann man jedem Rechte entsagen? Nach Römischem Recht ist die Frage zu bejahen, namentlich auch in Beziehung auf die mit dem Stande eines Menschen verbundenen eigenthümlichen Vorrechte [2]). Nach Canonischem Rechte aber machen Standesprivilegien eine Ausnahme; ihrer kann selbst der Einzelne sich nicht begeben [3]).

3) L. 9. D. d. negot. gest. III, 5. L. 9. C. eod. II, 19.

1) L. 47. §. 1. D. d. pact. II, 14. Vgl. Hofacker Princip. jur. civ. §. 793. Glück, XIII. S. 108. folg., letzteren besonders rücksichtlich der Frage, ob durch einen solchen Verzicht die indebiti condictio ausgeschlossen werde? Vgl. L. ult. §. 3. D. d. cond. indeb. XII, 6.

2) L. 41. D. d. minor. IV, 4. L. 29. C. d. pact. II, 3.

3) L. 12. X. d. foro compet. II, 2.

Digitized by Google

e. Eid *).

† DIG. XII, 2. De jurejurando sive voluntario, sive necessario, sive judiciali. † COD. IV, 1. De rebus creditis et jurejurando. II, 59. De jurejurando propter calumniam dando.

§. 112.

a. Begriff und Arten.

Wollen wir den Begriff des Eides in seiner weitesten Bedeutung auffassen, so müssen wir sagen: Eid ist jede Betheuerung unter Anrufung eines heiligen oder ehrwürdigen Gegenstandes. So schworen z. B. die Römer häufig bei dem Leben des Kaisers, und ein solcher Eid war so gültig, als irgend ein anderer. Heutiges Tags aber verstehen wir unter dem Eide nur eine solche Betheuerung, die mit einer Berufung auf Gott verbunden ist.

Eingetheilt wird der Eid in das

1. **Juramentum promissorium**, Versprechungseid, Verpflichtungseid — der geleistet wird zur Bestärkung einer Zusage; man macht sich eidlich anheischig zu irgend einem Thun oder Unterlassen — und das **Juramentum assertorium**, Versicherungs-, Bestätigungseid, geleistet in der Absicht, die Wahrheit einer Behauptung, einer Aussage zu bekräftigen.

2. In das **Juramentum judiciale**, gerichtlicher, und **Juramentum extrajudiciale** [1]), außergerichtlicher Eid, je nachdem er vom Richter abgenommen wird, oder geleistet ohne Concurrenz des Richters.

3. In den körperlichen und schriftlichen Eid; jener wird mündlich geleistet, dieser besteht in einer schriftlich abgefaßten, von dem Schwörenden unterzeichneten Eidesformel.

4. Eine andere Eintheilung bezieht sich auf das **Juramentum assertorium** [2]). Man unterscheidet nämlich **Juramentum dela-**

*) **Jus jurandum** ist in unsern Quellen der gewöhnliche Ausdruck. Selten und meist nur im Codex kommt der Ausdruck **Juramentum** vor. Bei unsern heutigen Juristen ist indessen gerade dieser letztere der am meisten gebräuchliche.

1) Der Ausdruck »extrajudicialis« ist den Römern überhaupt fremd.

2) Denn der Huldigungseid, den man unter dem necessarium begreifen könnte, gehört nicht in das Privatrecht.

Digitized by Google

tum seu voluntarium, angetragener, zugeschobener, freiwilliger Eid, geschworen auf den Antrag, auf die Aufforderung des Gegners, es sei nun bereits zum Processe gekommen, oder auch nicht — und Juramentum necessarium, nothwendiger, auferlegter Eid, den der Richter von Jemand fordert. Von beiden Arten des Eides unterscheidet sich das Jusjurandum in litem, der Würderungs- oder Schätzungseid. Nämlich unter gewissen Voraussetzungen ist es demjenigen, welcher auf Schadensersatz Anspruch macht, verstattet, selbst die Größe des Schadens zu beschwören; er hat ein Recht zu einer solchen eidlichen Bestimmung seines Interesse zugelassen zu werden, in litem jurare.

§. 113.

β. Rechtliche Bedeutung

A. des promissorischen Eides.

Das Römische Recht kennt nur Einen Fall, in welchem eine Verbindlichkeit ihrer äußern Wirksamkeit nach durch Eidesleistung erhöht wird, und dieser Fall gerade ist für uns unpraktisch, ich meine den Fall, da ein Freigelassener sich gegen seinen Patron zu gewissen Dienstleistungen verpflichtete [1]). Außerdem findet sich im Römischem Recht folgende Vorschrift: Ein an sich ungültiges Geschäft bleibt ungültig, auch wenn es eidlich bekräftigt ist [2]). So also verhält sich die Sache nach Römischem Recht. Dagegen haben wir eine Verordnung vom Kaiser Friedrich I. [3]), der zu Folge die von einem Mündigen geleistete eidliche Zusage, daß er einen eingegangenen Vertrag nicht anfechten wolle, unverbrüchlich gehalten werden soll, sobald nur der Eid nicht erzwungen ist. Später verordneten die Päbste Innocentius III. und Bonifacius VIII. Folgendes: Wenn eine Ehefrau eidlich ihre Zustimmung gegeben hat, so soll die an und für sich nichtige Ver-

1) L. 7. pr. D. d. oper. libertor. XXXVIII, 1. L. ult. pr. D. d. liberal. caus. XL, 12.

2) »Secundum itaque praedictam regulam, qua ubicunque non servari factum lege prohibente censuimus, certum est, nec stipulationem hujusmodi tenere, nec mandatum ullius esse momenti, nec sacramentum admitti.« L. 5. §. 1. C. d. legib. I, 14.

3) Auth. Sacramenta puberum. C. si advers. vendit. II, 28. (S. unt. §. 116. Anm. 1.)

Digitized by Google

äußerung des **Fundus dotalis** um dieses Eides willen aufrecht erhalten werden, wofern nur der Eid freiwillig geleistet und nicht durch Betrug veranlaßt ist. Als Grund wird angegeben, daß die Erfüllung eines solchen Eides keinem Dritten zum Nachtheil gereiche, und die ewige Seligkeit nicht beeinträchtige [4]).

Eine andere Verordnung von **Bonifacius VIII.** [5]) setzt fest, daß die eidliche Verzichtleistung auf eine künftige Erbschaft verbindlich sein solle, wieder mit derselben Beschränkung (**Vis, Dolus**) und mit Anführung desselben Grundes.

Hieraus nun haben die Canonisten die allgemeine Regel gemacht: Jedes nicht durch Zwang oder Betrug veranlaßte **Juramentum promissorium** muß nothwendig gehalten werden, sobald dies ohne Beeinträchtigung der ewigen Seligkeit geschehen kann und keinem Dritten ein Nachtheil daraus entspringt, was denn namentlich der Fall ist, wenn etwa der Eid dem Staatswohl widerstreitet. — Hiernach kann denn also eine Menge ungültiger Geschäfte durch eidliche Bestärkung gültig gemacht werden, z. B. die Intercession einer Frau für ihren Ehemann; Schenkungen der Ehegatten untereinander u. s. w. Diese Ansicht ist in den Gerichtsgebrauch übergegangen und auch in protestantischen Gerichten beibehalten [6]). Soviel über den promissorischen Eid.

B. Ich komme nun zu der rechtlichen Bedeutung des *assertorischen* Eides. Außer dem Processe gewährt er ein eigenthümliches Mittel zur außergerichtlichen Beilegung eines Rechtsstreits. Denken wir uns zwei Personen, die darüber streiten, ob die eine von ihnen ein gewisses Recht habe, oder nicht. Hier können beide Theile dahin miteinander übereinkommen, es solle

4) c. 28. X. d. jurejur. II, 24. »— — servare debent hujusmodi juramenta sine vi et dolo sponte praestita, cum in alterius praejudicium non redundent, nec observata vergant in dispendium salutis aeternae.« c. 2. in VI. eod. II, 11.

5) c. 2. in VI. d. pact. I, 18.

6) Siehe Glück, IV, S. 553. folg. Nach besonderen Landesgesetzen verhält sich die Sache allerdings häufig anders. So heißt es z. B. im Preuß. Allgem. Landr. Th. I. Tit. 5. §. 199. »Durch eidliche Bestärkung erhält kein Vertrag mehr Kraft, als ihm die Gesetze schon an sich beilegen.« Eben so in den Hannoverschen Landen soll nach einer Verordnung vom 28sten December 1821 kein an sich ungültiges Rechtsgeschäft durch eidliche Bestärkung in ein gültiges verwandelt werden können.

Digitized by Google

das Recht als vorhanden angesehen werden, wenn derjenige, der es sich beilegt, die Existenz desselben beschwöre — oder auch, es solle als nicht vorhanden betrachtet werden, wenn der Gegentheil die Nichtexistenz desselben eidlich erhärte. Daraus geht dann eine eigenthümliche Obligation hervor, die darin besteht, den Inhalt des Eides für wahr gelten zu lassen — eine Obligation, die nach Verschiedenheit der Umstände bald durch eine Klage geltend gemacht werden kann, und bald durch eine Einrede. Davon in den §. §. 551. und 552.

Im Proceß kommt der assertorische Eid in gar mancherlei Anwendung vor. So müssen bekanntlich Zeugen und Kunstverständige, die etwa zum Behuf des Beweises adhibirt werden, vereidigt werden. Was aber die von den Parteien zu leistenden Eide betrifft, so unterscheidet man zwischen *Haupt-* und *Nebeneiden*. Mit dem Ausdruck Haupteid, **Juramentum principale, Juramentum litis decisorium** bezeichnen die Neueren jeden Eid, der von wesentlichem Einfluß ist auf den Inhalt des in der Hauptsache zu erwartenden Urtheils, wogegen ein für die Hauptsache nicht entscheidender Eid, Nebeneid genannt wird, **Juramentum minus principale**. Zu diesen Nebeneiden gehört unter andern der Eid gegen Gefährde, **Jusjurandum propter calumniam**, oder wie die Neuern gewöhnlich sagen, **Juramentum calumniae**. Es ist dies ein Eid, durch welchen der Schwörende versichert, daß er nicht aus Chicane handle. Die von den Parteien zu schwörenden Haupteide gehören in die Reihe der Beweismittel. Nämlich denken wir uns: die eine Partei behauptet gewisse Thatsachen, gewisse factische Umstände, welche für die Entscheidung von Wichtigkeit sind, während die andere Partei diese Umstände ableugnet. Hier kann das Vorhandensein oder Nichtvorhandensein dieser factischen Umstände durch den Eid dargethan werden. Dieser Eid kann ein zugeschobener sein oder auch ein vom Richter auferlegter Eid. Aber auch das **Juramentum in litem** gehört hierher, da nämlich, wo es sich bloß darum handelt, die Größe eines Schadens zu erweisen. Auf dies Alles werde ich zurückkommen im §. 168.

Digitized by Google

γ. Erforderniſſe.

§. 114.

αα. In Bezug auf die Perſon des Schwörenden.

1. Wahnſinnige, Blödſinnige, Infantes ſind des Eides überhaupt unfähig.

2. Impuberes, welche ſchon über die Jahre der Infantia hinaus ſind, ſollen nach den Beſtimmungen des Römiſchen und Canoniſchen Rechts nicht genöthigt werden, zu ſchwören [1]), eine Beſtimmung, die ſich auf den gerichtlichen Eid bezieht, indem von Nöthigung nur eben bei dieſem die Rede ſein kann. Unfähig aber ſind Impuberes infantia majores nach Römiſchem und Canoniſchem Rechte ſelbſt nicht zum gerichtlichen Eide, geſchweige denn zum außergerichtlichen [2]). In Praxi hält man ſie zum gerichtlichen Eide allerdings für unfähig, ja man fordert an vielen Orten in dieſer Beziehung ſogar ein achtzehnjähriges Alter [3]).

3. Bei Chriſten kann die Frage entſtehen, ob die Eidesleiſtung Confirmation vorausſetze. Eine gemeinrechtliche geſetzliche Beſtimmung haben wir hierüber nicht; in Praxi wird man aber allerdings Anſtand nehmen, einen noch nicht Confirmirten zum Eide zuzulaſſen.

4. Des außergerichtlichen Eides werden ſelbſt Unmündige nicht für unfähig gehalten, wohl aber des gerichtlichen Eides [4]).

5. Noch gehört hierher die Frage, ob der Eid durch einen Stellvertreter abgeleiſtet werden könne? Die Regel iſt: derjenige, welcher zu ſchwören hat, muß in Perſon ſchwören [5]). Namentlich braucht bei dem aſſertoriſchen Eide der Gegner es ſich nicht gefallen zu laſſen, daß die Eidesleiſtung durch einen Stellvertreter beſchafft werde; mit ſeiner Einwilligung mag es allerdings geſchehen. Nur in zwei Fällen bedarf es dieſer Einwilligung nicht:

a. Wenn eine juriſtiſche Perſon zu ſchwören hat, in welchem

1) L. 34. §. 2. D. h. t. »Pupillo non defertur jusjurandum.« c. 15. c. 16. C. 22. qu. 5.
2) L. 26. pr. D. h. t.
3) S. Glück, XII. S. 206. folg. S. 275. folg.
4) c. 14. C. 22. qu. 5. Vergl. Glück, XII. S. 275.
5) L. 12. §. 4. C. h. t. (IV, 1.) Nov. 124. c. 1.

Digitized by Google

Falle gar keine andere Eidesleistung, als durch einen Stellvertreter möglich ist [6]).

b. Bei dem **Juramentum calumniae** [7]).

Uebrigens bedarf es bei der Eidesleistung durch einen Stellvertreter jederzeit einer Specialvollmacht.

§. 115.

ββ. Hinsichtlich des Gegenstandes.

Der promissorische Eid ist, inwiefern sich Jemand dadurch zu etwas Unerlaubtem und Verbotenem anheischig macht, unverbindlich [1]). — Was den assertorischen Eid betrifft und zwar zunächst den zugeschobenen, so ist die Regel diese: Die Zuschiebung des Eides ist da unzulässig, wo es sich um die öffentliche Bestrafung eines Vergehens handelt. Dagegen ist sie zulässig überall, wo es sich nur um privatrechtliche Verhältnisse handelt. Es ist daher namentlich auch verstattet, Jemandem über ein Vergehen den Eid zuzuschieben, inwiefern es bloß auf die privatrechtlichen Folgen eines Vergehens ankommt [2]). Von dieser Regel machen Viele eine Ausnahme in dem Fall, wo es bei der Zuschiebung des Eides auf Trennung der Ehe abgesehen ist. Diese Ausnahme pflegt gefolgert zu werden aus einer Stelle des Canonischen Rechts [3]): die Stelle spricht indessen nur von der Unstatthaftigkeit eines Vergleichs über das **Vinculum matrimonii**. Und selbst wenn hieraus sich der Schluß ziehen ließe, daß auch die Eideszuschiebung unzulässig sei, so kann wenigstens diese Schlußfolgerung für die Protestanten keine Gültigkeit haben, denn die Vorstellungen der Protestanten über die Auflösbarkeit der Ehe sind von denen der catholischen Kirche wesentlich verschieden. In früherer Zeit hat man allerdings auch in protestantischen Gerichtshöfen diese Ausnahme anerkannt; in neuerer Zeit aber ist man mit Recht davon abgegangen. Soviel von dem zugeschobenen

6) L. 97. D. d. cond. et demonstr. XXXV, 1.

7) L. 13. §. 13. D. d. damno infect. XXXIX, 2. c. 7. pr. X. d. juram. calumn. II, 7. c. 3. in VI. eod. II, 4. Z. R. X. §. 43.

1) Nov. 51. praef. c. 18. c. 33. X. d. jurejur. II, 24. Vgl. L. 5. §. 1. C. d. legib. (§. 113. Anm. 2.)

2) L. 3. §. §. 1. 2. L. 13. §. 2. L. 28. §. 6. D. h. t. L. 11. §. 1. D. d. act. rer. amotar. XXV, 2. L. 5. §. 8. D. d. injur. XLVII, 10.

3) c. ult. X. d. transact. I, 36.

Digitized by Google

Eide. Was aber den Richter betrifft, so kann dieser nicht bloß in privatrechtlichen Streitigkeiten, sondern auch da, wo es auf öffentliche Bestrafung abgesehen ist, unter gewissen Voraussetzungen auf den Eid erkennen.

§. 116.

γγ. Hinsichtlich der Willensbestimmung.

Es fragt sich hier zuerst, welchen Einfluß haben im Allgemeinen auf die Gültigkeit des Eides Zwang, Betrug und Irrthum?

Hinsichtlich des promissorischen Eides enthält das Römische Recht durchaus keine eigenthümliche Bestimmung. Dagegen heißt es in der **Auth. Sacramenta puberum** von Friedrich I. [1]) ausdrücklich: Ein erzwungener Eid solle **nullius momenti** sein. Daraus folgt indessen noch nicht, daß ein solcher Eid **ipso jure** für null und nichtig zu halten sei; denn in den Friedericischen Authentiken dürfen wir keine strenge Beobachtung des juristischen Sprachgebrauchs erwarten. Das Canonische Recht achtet zwar solche Eide, wozu Jemand durch Gewalt oder Betrug vermocht ist, nicht für vollgültig; aber es ist weit entfernt, einen Eid dieser Art für schlechthin nichtig zu halten, vielmehr spricht es denjenigen, welcher ihn geschworen hat, nur dann erst von der Verpflichtung, ihn zu erfüllen, frei, wenn er bei seinem geistlichen Obern Erlaß ausgewirkt hat [2]). In protestantischen Ländern ist der Erlaß, dessen ich eben erwähnte, Sache der weltlichen Obrigkeit. Das Resultat aus allem Bisherigen ist dieses: Zwang, Betrug und Irrthum afficiren die Gültigkeit eines promissorischen Eides um nichts mehr, als irgend eine andere Willenserklärung.

Ich komme nun zu dem assertorischen Eide. Einen solchen kann Jemand im Proceß als Zeuge in den Angelegenheiten eines

1) Cod. si advers. vendit. II, 28. »Sacramenta puberum sponte facta super contractibus rerum suarum non retractandis inviolabiliter custodiantur. Per vim autem vel per justum metum extorta, etiam a majoribus, maxime ne querimoniam maleficiorum commissorum faciant, nullius esse momenti, jubemus.«

2) c. 2. c. 8. c. 15. X. d. jurejur. II, 24.

Digitized by Google

Dritten schwören. Zeigt es sich nun da noch vor gesprochenem Urtheil, daß der Zeuge durch Zwang oder Betrug inducirt worden ist, die Unwahrheit zu beschwören, oder daß er aus eigenem **Dolus**, oder wenigstens aus Irrthum falsch ausgesagt hat, so wird sein Zeugniß als ungültig angesehen werden müssen. Ist aber auf den Grund eines solchen falschen Zeugnisses bereits gesprochen, so kann der dadurch Betheiligte gegen das Urtheil in **integrum restituirt** werden.

Wie nun aber, wenn Jemand in seiner eigenen Sache und zu seinem eigenen Vortheil geschworen hat? — Zwang und Betrug, von Außen angewandt, werden hier nicht leicht vorkommen. Wohl aber kann der Schwörende aus eigenem **Dolus** oder aus Irrthum falsch schwören. War nun in einem solchen Fall der Eid ein von dem Richter auferlegter Eid, und ist auf den Grund dieses Eides für den Schwörenden erkannt worden, so kann auch hier der Betheiligte gegen das Urtheil in **integrum restituirt** werden. Sobald aber die Rede ist von einem zugeschobenen Eide, es sei nun die Zuschiebung eine gerichtliche oder außergerichtliche, so hat es bei dem einmal geleisteten Eide und dessen rechtlichen Folgen sein Bewenden [3]). Von dieser Regel gibt es nur Eine Ausnahme [4]). Angenommen nämlich: Einer behauptet, es sei ihm in dem letzten Willen eines Verstorbenen ein Legat ausgesetzt, und auf den Antrag des Erben beschwört er diese Behauptung. Hinterdrein aber findet sich, daß diese Behauptung falsch sei. Hier soll der Erbe dasjenige, was der angebliche Legatar er-

3) §. 4. I. d. except. IV, 13. L. 21. D. d. dol. IV, 3. »Quodsi deferente me juraveris et absolutus sis, postea perjurium fuerit approbatum, Labeo ait, de dolo actionem in eum dandum. Pomponius autem per jusjurandum transactum videri. Quam sententiam et Marcellus — — probat; stari enim religioni debet.« (L. 22. D. eod. »Nam sufficit perjurii poena.«) L. 31. D. h. t. »Admonendi sumus, interdum etiam post jusjurandum exactum permitti constitutionibus principum, ex integro causam agere, si quis nova instrumenta se invenisse dicat, quibus nunc solis usurus sit. Sed hae constitutiones tunc videntur locum habere, quum a judice aliquis absolutus fuerit: solent enim saepe judices in dubiis causis exacto jurejurando, secundum eum judicare, qui juravit. Quod si alias inter ipsas jurejurando transactum sit negotium, non conceditur eandem causam retractare.« L. 1. C. eod.

4) Sie ist enthalten in L. ult. C. h. t. (IV, 1.)

Digitized by Google

halten hat, zurückfordern können. — Ob und inwieweit die hier bezeichneten Römischen Grundsätze über den zugeschobenen Eid unverändert auch noch heutiges Tages anwendbar sind, darüber sind die Neuern nicht einstimmig. Diese Verschiedenheit der Meinungen beruht auf einer Stelle der Peinlichen Gerichtsordnung [5]). Mit der Bedeutung dieser Stelle verhält es sich so: Wer im Gericht wissentlich einen falschen Versicherungseid schwört, begeht ein Verbrechen, worauf öffentliche Strafe steht. Von dieser öffentlichen Bestrafung nun spricht die gedachte Stelle; zugleich aber verordnet sie, daß bei Gelegenheit der deshalb einzuleitenden Verhandlung der Meineidige angehalten werden solle, das fremde Gut, zu welchem er durch den Meineid gelangt sein möchte, dem Benachtheiligten zu erstatten. Mehr als dies liegt, einer richtigen Ansicht nach, in unserer Stelle nicht. Einige Rechtsgelehrte geben ihr aber, wiewohl mit Unrecht, eine viel ausgedehntere Beziehung, indem sie darauf folgenden Satz bauen: Heutiges Tages können die rechtlichen Wirkungen eines jeden im Gerichte geleisteten assertorischen Eides angefochten werden, auch die des zugeschobenen, und zwar im Wege des bloß privatrechtlichen Verfahrens und abgesehen von aller öffentlichen Strafe.

Insbesondere habe ich nun zweitens noch etwas zu bemerken über die sogen. **Reservatio mentalis.** Man sagt von Jemandem, daß er **cum reservatione mentali** schwöre, wenn er mit den Worten des Eides einen andern Sinn verbindet, als der an und für sich darin liegt, wenn er ihn also mit Einschränkungen leistet, welche er nur hinzudenkt. Hierin liegt ein Betrug und daher wird ein **cum reservatione mentali** geleisteter assertorischer Eid als Meineid behandelt [6]); ein promissorischer Eid aber ist verbindlich, nicht nach Maßgabe der damit verbundenen **Reservatio mentalis**, sondern vielmehr nach Maßgabe desjenigen, was die Worte an und für sich bedeuten, denn Niemand soll aus seinem eigenen **Dolus** Vortheil ziehen.

5) P. G. O. Art. 107. 6) Glück, XII. S. 204.

Digitized by Google

§. 117.

dd. Hinsichtlich der Form.

I. Gerichtlicher Eid.

Ganz besondere Formen sind zu beobachten bei dem Judeneide [1]). Hier beschränke ich mich auf christliche Eidesleistungen. Darüber ist Folgendes zu bemerken:

1. Der Eid muß nicht nur in Gegenwart des Richters abgelegt werden, sondern es ist überdieß Regel, daß er an der Gerichtsstätte, in loco judicii, geleistet werde. Eine Ausnahme tritt nur ein bei sehr vornehmen Personen, bei Frauenzimmern, bei Kranken. Diesen darf der Eid in ihrer Wohnung von dem Richter abgenommen werden [2]).

2. Der Regel nach muß der Eid mündlich abgelegt werden, es wird also in der Regel ein körperlicher Eid erfordert. Und zwar wird dieser Eid geleistet unter Aufhebung der rechten Hand und Emporstreckung des Daumens, des Zeigefingers und des Mittelfingers. Diese emporgehobenen Finger wenden Männer in der Regel gegen das Gesicht; Geistliche indessen, catholische wenigstens, setzen sie auf die linke Brust, ebenso Frauenzimmer. — Also der Eid muß der Regel nach mündlich abgeleistet werden. Eine Ausnahme findet Statt bei stummen Personen. Diese können nicht anders schwören, als durch Unterzeichnung eines schriftlichen Aufsatzes [3]).

3. In Bezug auf dasjenige, was beschworen werden soll, ist begreiflicher Weise der Inhalt des Eides nach Verschiedenheit der Umstände verschieden. Aber die Betheuerungsformel ist im Wesentlichen immer eine und dieselbe. Wir haben darüber bestimmte gesetzliche Vorschriften. Sie lautet so: „So wahr mir Gott helfe und sein heiliges Wort," oder: So wahr mir Gott helfe und sein heiliges Evangelium [4]). — Uebrigens ist die Regel diese: Der Richter sagt dem Schwörenden den Inhalt des Eides vor

1) Siehe hierüber Glück, XII. S. 198. folg.
2) L. 15. D. h. t. L. 2. §. 1. C. d. jurejur. propt. calumn. II, 59. Nov. 124. c. 1.
3) Siehe Glück, XII. S. 196. R. A. zu Augsburg 1555. §. 107.
4) c. 4. X. d. jurejur. II, 24.

Digitized by Google

und dieser spricht ihn von Wort zu Wort nach. Es kann indessen auch geschehen, daß nach vorgelesenem Inhalte des Eides der Schwörende nur die Betheuerungsformel wiederholt. Ist der, welcher schwören soll, taub, so wird ihm der Inhalt des abzuleistenden Eides schriftlich vorgelegt, und er muß denselben ablesen [5]).

5. Man pflegt es, insbesondere bei dem assertorischen Eide, als nothwendig anzusehn, daß der Richter vor Ableistung des Eides, den Schwörenden auf die Wichtigkeit der Handlung aufmerksam mache und ihn vor dem Meineide warne.

II. Außergerichtlicher Eid.

Jene besondere Betheuerungsformel, deren ich bei dem gerichtlichen Eide erwähnt habe, ist hier nicht nothwendig, nicht auch die ausdrückliche Anrufung Gottes, es genügt schon eine blos mittelbare Beziehung auf Gott, z. B. „bei dem Wort der ewigen Wahrheit," „so wahr ich denke selig zu werden," „bei meiner Seelen Seligkeit [6])." Ferner: Eine Versicherung an Eides Statt wird mehrentheils der Eidesleistung gleich geachtet. Endlich bedarf es hier nicht gerade mündlicher Ableistung; die schriftliche ist von gleicher Wirkung.

5) Siehe Glück a. a. O. 6) Glück, XII. S. 190.

Digitized by Google

Erstes Buch.

Allgemeine Lehren.

Fünftes Kapitel.

Von den Rechtsverhältnissen.

I. Entstehung und Aufhebung der Rechtsverhältnisse. (§. §. 118–122.)

A. Von der Entstehung und Aufhebung rechtlicher Verhältnisse an und für sich.

§. 118.

a. Im Allgemeinen.

1. Entstehung.

Die Entstehung eines Rechts oder einer Verbindlichkeit setzt jederzeit zweierlei voraus:

1. ein Subject, welches an sich des fraglichen Rechts oder der fraglichen Verbindlichkeit fähig ist;

2. die Existenz einer oder auch mehrerer Thatsachen, wovon Gesetz oder Gewohnheit den Erwerb des Rechts, die Begründung der Verbindlichkeit abhängig gemacht haben. Diese Thatsachen können in eignen Handlungen eben desjenigen bestehen, welcher berechtigt oder verpflichtet werden soll; es kann aber auch sein, daß es einer eignen Handlung gar nicht bedarf. Und da ist denn besonders folgender Sprachgebrauch zu bemerken: Man sagt

Digitized by Google

von demjenigen, welcher ein Recht ohne eignes Zuthun erwirbt, er erwerbe daſſelbe ipso jure. Uebrigens beſtehen die eignen Handlungen, auf welche es ankommt, ſehr häufig in Willenserklärungen, und da verſteht es ſich denn, daß die Fähigkeit zu einer ſolchen Willenserklärung erforderlich iſt.

II. Aufhebung.

Die Aufhebung eines Rechtsverhältniſſes ſetzt, gleich der Entſtehung deſſelben, die Exiſtenz gewiſſer Thatſachen voraus, die denn ebenfalls ſowohl in eignen Handlungen desjenigen, der ein Recht verlieren, oder von einer Verbindlichkeit befreiet werden ſoll, als in anderweitigen Thatumſtänden beſtehen können. Und was ich vorhin von Willenserklärungen geſagt habe, das gilt auch hier.

III. Succeſſion.

Oefters ſtehen die Begründung und das Aufhören eines Rechtsverhältniſſes in einer gewiſſen Beziehung zu einander. In demſelben Augenblicke, da in dem Einen ein Rechtsverhältniß aufhört, entſteht daſſelbe in der Perſon eines Andern. Dieſes nun kann ein bloßes Zuſammentreffen in der Zeit ſein, ohne einen Zuſammenhang. So kann es vorkommen: **A**, welcher bisher Eigenthümer einer Sache war, hört auf, Eigenthümer zu ſein; in demſelben Moment fängt **B** an Eigenthümer zu ſein. Aber dieſer Erwerb durch den **B** iſt von der Art, daß es dabei ganz gleichgültig iſt, ob der bisherige Eigenthümer **A** war oder irgend ein Anderer. Es iſt Eigenthum an derſelben Sache, aber das Eigenthum ſelbſt iſt nicht daſſelbe. Dagegen kann nun aber auch zwiſchen dem Entſtehen eines Rechtsverhältniſſes in der Perſon des **B** und dem Aufhören in der des **A** ein ſolcher innerer Zuſammenhung ſtatt finden, daß das Rechtsverhältniß ſelbſt als Eines und daſſelbe angeſehen wird, und nur in dem Subjecte deſſelben eine Veränderung vorgeht. Da iſt es denn ſo: das in der Perſon des **A** vorhanden geweſene Rechtsverhältniß dauert in der eigenthümlichen Art, in welcher es bisher beſtanden hat, nach wie vor fort; nur daß in Hinſicht deſſelben **B** an die Stelle des **A** getreten iſt. In dieſem Falle ſagt man, die Entſtehung des

Digitized by Google

Rechtsverhältnisses in der Person des B beruhe auf einer Succession, oder auch, es sei dieses Rechtsverhältniß in dem B auf eine derivative, auf eine abgeleitete Weise entstanden; wogegen denn die Entstehung eines Rechtsverhältnisses ohne das Medium der Succession eine originäre, eine ursprüngliche genannt wird. Die Succession ist nun aber wieder entweder eine singuläre oder eine universelle. Jene bezieht sich auf einzelne Rechtsverhältnisse. Die Neuern nennen sie Successio singularis. Z. B. Uebertragung des Eigenthums durch Tradition. Nicht bei allen Rechtsverhältnissen ist sie zulässig: so gestatten Obligationen in der Regel keine singuläre Succession. — Diese hat ein ganzes Vermögen zum Gegenstande. Die Neuern nennen sie Successio universalis, die Römer Successio per universitatem. Bei einer solchen Succession tritt der Succedent ein in alle zu dem Vermögen gehörige Rechtsverhältnisse, in die obligatorischen so gut, wie in die nicht obligatorischen, in die Verbindlichkeiten nicht weniger, als in die Rechte. Nur gewisse streng an die Person geknüpfte Verhältnisse sind ausgenommen. Eine solche universelle Succession kann sich beziehen sowohl auf das Vermögen eines noch Lebenden, als auf das Vermögen eines Verstorbenen. Der Hauptfall ist allerdings der der Beerbung eines Verstorbenen. Aber es gehört hieher auch die Confiscation, inwieweit dabei das gesammte Vermögen eines Menschen, oder wenigstens ein aliquoter Theil desselben von Staats wegen eingezogen wird. Hier ist es der Fiscus, welcher per universitatem succedirt.

§. 119.

b. Insbesondere durch Verjährung *).

Ein besonders wichtiger Grund der Entstehung sowohl als der Aufhebung von Rechten ist die Verjährung. Im eigentlichen Sinne des Worts versteht man darunter die rechtliche Wirkung der eine bestimmte Zeit hindurch fortgesetzten Ausübung oder Nichtausübung eines Rechts. Häufig wird ein Recht da-

*) Unterholzner, Ausführliche Entwickelung der gesammten Verjährungslehre. Leipz. 1828. 2 Bde. 8.

Digitized by Google

durch erworben, daß man es eine bestimmte Zeit hindurch ausgeübt hat, und da nennt man denn die Verjährung eine erwerbende. Aber eben so häufig geschieht es auch, daß ein Recht durch den eine bestimmte Zeit hindurch fortgesetzten Nichtgebrauch verloren gehet, und dann wird die Verjährung eine erlöschende genannt. Man muß aber ja nicht denken, daß bei der erwerbenden Verjährung bloß Erwerb, bei der erlöschenden bloß Verlust vorkomme. Wenn ich an der Sache eines Anderen ein Recht ausübe, und durch diese Ausübung das Recht erwerbe, so bringt dem Andern Verlust, was mir Erwerb verschafft. Und so kann es nun auch geschehen, daß ich durch Nichtgebrauch ein Recht einbüße, wodurch das Recht eines Andern bisher beschränkt wurde. Dann ist mit diesem Verlust von meiner Seite für den Andern der Vortheil verbunden, daß er sich in seinem Rechte nicht mehr, wie bisher, beschränkt sieht; er erwirbt nun Befreiung von der, in meinem bisherigen Rechte enthaltenen Beschränkung des seinigen. Uebrigens bedient man sich, inwiefern es bei der Verjährung des Besitzes bedarf, dafür auch des Ausdrucks: Ersitzung. Im Lateinischen bezeichnen unsere Neueren den Begriff der Verjährung mit dem Worte **Praescriptio**, die erwerbende Verjährung nennen sie **Praescriptio acquisitiva**, die erlöschende **Praescr. exstinctiva**; woher denn auch die lateinisch-deutschen Ausdrücke, Acquisitiv- und Extinctiv-Verjährung kommen. Dem Römischen Sprachgebrauch, wenigstens dem der classischen Juristen, ist der eben angeführte Sprachgebrauch der Neueren nicht gemäß. Eben deshalb kennen denn auch die Römischen Juristen keinen Begriff der Verjährung, welcher jeden Erwerb oder Verlust durch fortgesetzte Ausübung oder Nichtausübung umfaßte. Vielmehr betrachten sie bei jedem einzelnen Rechte die dabei etwa vorkommende erwerbende oder erlöschende Verjährung als etwas Abgesondertes für sich.

Daß es nun überhaupt eine Verjährung gibt, das hat seinen Grund in dem Bedürfnisse, der Ungewißheit der Rechte und den Rechtsstreitigkeiten unter den Menschen ein Ziel zu setzen [1]).

1) L. 1. D. d. usurp. et usuc. XLI, 3. »Bono publico usucapio introducta est, ne scilicet quarundam rerum diu et fere semper

Ungeachtet dieses Bedürfnisses ist aber doch die Verjährung durchaus nichts, was sich aus der Natur der rechtlichen Verhältnisse von selbst ergäbe, sondern die Verjährung ist ein positives Institut. Und auch in dem positiven Rechte, namentlich in dem Römischen, finden wir nirgend den Grundsatz aufgestellt, daß alle und jede Rechte der Verjährung unterworfen sind. Daher muß man überall, wo man die Zulässigkeit des Erwerbs oder des Verlustes durch Verjährung behauptet, die Gründe dafür besonders nachzuweisen im Stande sein [2]). Dieses Alles bezog sich auf die Verjährung im eigentlichen Sinne des Worts; die einzelnen dahin gehörigen Fälle werden wir mit ihren mancherlei Modificationen in der Folge kennen lernen.

Eine ganz eigne Bewandtniß hat es nun aber mit dem, was unsere Neuern unvordenkliche Verjährung, **Praescriptio immemorialis**, nennen. Der Unterschied dieser unvordenklichen Verjährung von der eigentlichen besteht darin:

1. Bei der eigentlichen Verjährung wird durch fortgesetzte Ausübung oder Nichtausübung ein Recht entweder erworben oder verloren. Hier aber, bei der unvordenklichen Verjährung, ist gar nicht davon die Rede, daß durch den Zeitverlauf etwas erworben werden soll; sondern die unvordenkliche Verjährung eines Rechts begründet nur die Vermuthung eines anderweitigen gesetzmäßigen Erwerbes.

2. Bei der eigentlichen Verjährung kommt es auf den Verlauf der bestimmten Zeit an, auf eine bestimmte Anzahl von Tagen, Monaten, Jahren. Dagegen wird bei der unvordenklichen Verjährung eine unvordenkliche Zeit, ein **Tempus immemoriale** vorausgesetzt. Dieses ist nun aber etwas, was sich nicht wohl auf bestimmte Zahlen bringen läßt; sondern man versteht darunter nur im Allgemeinen eine Zeit, welche über Menschengedenken hinausgeht. Daher wird die unvordenkliche Verjährung auch **Praescriptio indefinita** genannt.

incerta dominia essent, quum sufficeret dominis ad inquirendas res suas statuti temporis spatium.«

2) Ueber diesen für die Lehre von der Verjährung höchst wichtigen Gesichtspunkt ist zu vergleichen Unterholzner, Ausführliche Entwickelung. §. 25.

Digitized by Google

3. Das Subject einer eigentlichen Verjährung kann füglich irgend eine einzelne physische Person als solche sein. Bei der unvordenklichen Verjährung ist dieses aber wegen des Begriffs der Unvordenklichkeit nicht leicht möglich. Soll hier von einzelnen physischen Personen die Rede sein, so werden wir uns diese immer in einer bestimmten Beziehung zu etwas außer ihnen Liegendem denken müssen, was als dauernder betrachtet werden kann. So z. B. wird irgend eine einzelne physische Person sich insofern auf unvordenkliche Verjährung berufen können, als von Rechten die Rede ist, die gedacht werden als verbunden mit einem Grundstück, dergestalt, daß sie dem jedesmaligen Eigenthümer des Grundstücks, als solchem, zustehen.

Dieses im Allgemeinen über den Unterschied zwischen der eigentlichen und der unvordenklichen Verjährung. Es wird indessen nothwendig sein, über die unvordenkliche Verjährung gleich hier auch das Nähere schon vorzutragen; indem sich dafür nur eben unter den allgemeinen Lehren eine Stelle findet. — Fragen wir nun, woher schreibt sich der Rechtssatz, welcher dem Begriffe der unvordenklichen Verjährung zum Grunde liegt, so ist die Antwort: Eine Spur davon finden wir schon im Römischen Rechte. Nämlich: Wenn ich Eigenthümer eines Grundstücks bin, so brauche ich mir, an sich genommen, auf diesem Grundstück weder Gräben gefallen zu lassen, um dem Wasser eines höher liegenden Grundstücks Abfluß zu verschaffen, noch auch Dämme, um den Abfluß des Wassers von meinem Grundstücke nach einem tiefer gelegenen zu hemmen. Allein haben dergleichen Gräben und Dämme schon seit unvordenklicher Zeit bestanden, so wird die Sache so angesehen, wie wenn derjenige, zu dessen Vortheil sie gereichen, mittelst ausdrücklicher Festsetzung ein eigenes Recht erworben habe, und nun muß ich mir jene Gräben, jene Dämme gefallen lassen [3]). In den Quellen wird übrigens das unvordenkliche Bestehen der jedesmaligen Veranstaltung bald durch den Ausdruck »Vetustas« bezeichnet, bald dadurch, daß von der An-

3) Man sehe hierüber L. 28. D. d. probat. XXII, 3. L. 1. §. ult. L. 2. pr. et §. §. 1. 3. 4. 5. 7. 8. L. 26. D. d. aqua et aquae pluv. XXXIX, 3. L. 3. §. 4. D. d. aqua quotid. et aestiv. XLIII, 20.

Digitized by Google

stalt gesagt wird, sie sei eine solche, »**cujus memoria non exstat,**« d. h. von deren Entstehung man keine Erinnerung hat. Hiernach finden wir also schon im Römischen Rechte etwas, wobei sich von unvordenklicher Verjährung sprechen läßt; aber es ist dieses etwas ganz Einzelnes.

In größerer Allgemeinheit erkennt das Canonische Recht den Grundsatz an, daß die unvordenkliche Ausübung eines Rechtes denjenigen, welcher sich in dieser Ausübung befindet, von der Nothwendigkeit befreiet, den Grund seines Rechtes nachzuweisen [4]) Auch finden sich Andeutungen jenes Grundsatzes in den Reichsgesetzen [5]). An allen nähern gesetzlichen Bestimmungen fehlt es nun aber so gut wie ganz, und daher gehört denn das Detail der Lehre von der unvordenklichen Verjährung in vielen Beziehungen zu den allerbestrittensten Materien. Ich will jetzt die wichtigsten der in das Detail einschlagenden Punkte der Reihe nach angeben:

Erstens. Aus dem Begriffe der unvordenklichen Verjährung folgt, daß sie nur da Anwendung finden kann, wo ein rechtmäßiger Grund des Erwerbes *denkbar* ist, denn sie ist ja nichts weiter, als die Vermuthung eines solchen, und sonach muß dieser möglich sein. So weit dieses aber der Fall ist, so weit reicht auch die Anwendung der **Praescriptio immemorialis.** Deßhalb können Unterthanen sich darauf selbst bei Hoheitsrechten berufen, inwieweit an und für sich die Verleihung dieser Rechte an Unterthanen zulässig ist. Und dasselbe gilt in Bezug auf die Befreiung von Verpflichtungen, welche dem Einzelnen gegen den Staat obliegen.

Zweitens. Bei der eigentlichen Verjährung wird von Seiten desjenigen, dem die Verjährung zu Statten kommen soll, häufig guter Glaube, **bona fides**, erfordert; aber bei der unvordenklichen Verjährung kommt es auf **bona** oder **mala fides** gar nicht an. Denn die Vermuthung, daß das ausgeübte Recht gesetzmäßig erworben sei, beruht lediglich auf der Unvordenklichkeit

4) c. 26. X. d. V. S. V, 40. c. 1. in VI. d. praescript. II, 13.

5) Goldne Bulle. Kap. 8. §. 1. R. A. zu Augsburg 1548. §. §. 56. 59. 64. R. A. zu Regensburg 1567. §. 105.)

Digitized by Google

der Ausübung, ohne alle Rücksicht auf die Vorstellungen, welche der Ausübende davon gefaßt haben mag. Eben wie es bei einem Rechte, dessen gesetzmäßige Erwerbung sich nachweisen läßt, nicht darauf ankommt, welche Meinung der Inhaber davon hat, ob er es für das seinige hält oder nicht. Dagegen kommt es

Drittens darauf allerdings an, daß das in Anspruch genommene Recht als solches ausgeübt sei, ohne Unterbrechung und seit so lange, daß der Anfang des vorhandenen Rechtszustandes sich über Menschengedenken hinaus verliere.

Viertens. Im Fall des Streites liegt demjenigen, welcher sich auf unvordenkliche Verjährung beruft, der Beweis ob. Das Thema des Beweises ergibt sich aus dem, was ich so eben unter Nro. 3. gesagt habe, von selbst.

Was die Beweismittel betrifft, so gehört dahin nicht bloß die Aussage von Zeugen, sondern der Beweis kann auch durch Urkunden und selbst durch Eideszuschiebung geführt werden. Allerdings aber ist das Gewöhnliche Zeugenbeweis. In besonderer Beziehung auf diesen fragt man vor Allem nach dem erforderlichen Alter der Zeugen. Daß sie bejahrte Personen sein müssen, versteht sich von selbst, denn es ist hier ja von Menschengedenken die Rede. Aber in welchem Grade müssen sie bejahrt sein? In der Praxis pflegt man ein Alter von wenigstens vier und funfzig Jahren zu fordern. Es liegt dabei die Vorstellung zum Grunde, daß der Zeuge über einen Zeitraum von wenigstens vierzig Jahren müsse aussagen können, und daß er während dieser vierzig Jahre einer bedachtsamen Wahrnehmung müsse fähig gewesen sein; deßhalb rechnet man die vierzig Jahre erst von zurückgelegter Mündigkeit an. Neuere Schriftsteller verwerfen indessen diese Ansicht, und wohl mit Recht. Es läßt sich hier nichts auf bestimmte Zahlen bringen, sondern es muß der Beurtheilung des Richters überlassen werden, ob die Zeugen hinreichend bejahrt sind, oder nicht.

Eine fernere wichtige Frage ist die: Wie muß die Aussage der Zeugen lauten, wenn sie für genügend gehalten werden soll? Die richtige Antwort ist: die Zeugen müssen aussagen, soweit ihre Erfahrung reiche, habe der fragliche Rechtszustand fortdau-

Digitized by Google

ernd bestanden; auch hätten sie von ihren Vorfahren nie das Gegentheil gehört. Sagen sie mehr aus, versichern sie, von ihren Vorfahren Positives gehört zu haben, daß auch sie von keinem andern Zustande wüßten, so ist das nützlich, aber es ist nicht nothwendig.

Der Gegenbeweis kann darauf gerichtet werden, daß bei demjenigen, was geschehen sei, nicht die Absicht zum Grunde gelegen habe, ein Recht auszuüben; desgleichen darauf, daß der behauptete Zustand Unterbrechungen erfahren habe. Endlich wird der Gegenbeweis auch dadurch geführt werden können, daß man nachweis't, wie der gegenwärtige Zustand erst innerhalb Menschengedenken seinen Anfang genommen habe.

B. Von der Begründung und Aufhebung rechtlicher Verhältnisse durch Mittelspersonen.

§. 120.

a. Einleitung.

In der Regel setzt jede Vermittlung, welche von rechtlicher Bedeutung sein soll, ein näheres juristisches Verhältniß voraus zwischen dem Vermittler auf der einen Seite, und demjenigen, für welchen etwas vermittelt werden soll, auf der andern. Nur in wenigen Beziehungen wird eine Vermittlung anerkannt, ohne daß ein solches Verhältniß Statt findet. Dahin gehören vornämlich gewisse Handlungen, welche auf Befreiung von einer obligatorischen Verpflichtung abzwecken. So kann ich von einer Schuld dadurch befreit werden, daß irgend ein Dritter, statt meiner, Zahlung leistet, auch wenn ich zu diesem Dritten in gar keinem besonderen Verhältniß stehe; ich kann durch ihn, selbst wider meinen Willen, der mir obliegenden Verbindlichkeit enthoben werden. Aber, wie gesagt, es ist dies eine Ausnahme von der Regel. In Bezug auf die Regel selbst müssen wir nun aber zweierlei Arten der Vermittlung unterscheiden:

1. Es gibt eine Vermittlung durch Personen, welche in einem solchen nähern Verhältnisse zu uns stehen, daß sie als bloße Werkzeuge erscheinen, deren wir uns bedienen. Dieses ist der

Digitized by Google

Fall bei Boten, Nuntii, durch welche wir Bestellungen ausrichten lassen. Eine solche Bestellung ist einem Briefe vergleichbar, und daher hat sie denn auch für uns dieselben rechtlichen Folgen, die eine schriftliche Mittheilung haben würde.

2. Es läßt sich nun aber auch eine Vermittlung denken, durch Personen, die durch das nähere Verhältniß, in welchem sie zu uns stehen, nicht zu bloßen Werkzeugen werden. Sie behaupten eine gewisse Selbstständigkeit, wenn schon die Handlungen, welche sie vornehmen, und die Rechtsverhältnisse, in welche sie eintreten, als die unsrigen behandelt werden. Nur für eine Vermittlung dieser Art braucht man, wenn man anders genau sprechen will, die Ausdrücke Stellvertretung und Repräsentation. Der Verhältnisse aber, durch welche Jemand in diesem Sinne zu unserm Stellvertreter werden kann, sind drei:

a. Das Verhältniß der Gewalt. Wer meiner Gewalt unterworfen ist, wird als mein Stellvertreter gedacht werden können.

b. Das Verhältniß amtlicher Fürsorge des Einen für den Andern. Hier wird derjenige, welchem die Fürsorge für den Andern obliegt, sich als dessen Stellvertreter ansehen lassen, so also namentlich der Vormund als Stellvertreter seines Pflegbefohlenen.

c. Das Verhältniß vertragsmäßiger Bevollmächtigung, inwieweit die Vollmacht auf die Verrichtung juristischer Handlungen gestellt ist. Hier läßt sich derjenige, welcher die Vollmacht angenommen hat, also der Procurator, als Stellvertreter des Mandanten denken, d. h. desjenigen, welcher die Vollmacht ertheilt hat.

Bisher habe ich, so viel die Stellvertretung betrifft, nur auf das Denkbare, auf das allgemein Mögliche Rücksicht genommen. Eine andere Frage aber ist, ob und inwieweit die positiven Grundsätze des Römischen Rechts damit in Uebereinstimmung stehen. Und da finden wir denn: Es gibt Beziehungen, welche jede Stellvertretung ausschließen, und andre, in welchen nur eine bestimmte Art der Stellvertretung anerkannt wird. Für die weitere Ausführung dieses Gegenstandes sind die folgenden beiden

Digitized by Google

Paragraphen bestimmt. Indessen auch bei dieser weitern Ausführung werde ich mich hier doch auf die allgemeinen Sätze beschränken müssen; die nähere Erörterung des Einzelnen, inwieweit sie überhaupt für nothwendig geachtet werden mag, gehört theils in das Kapitel vom Besitz, theils in das Obligationenrecht, theils in das Familienrecht. Für das Allgemeine aber ist hier gerade der rechte Ort.

Noch Eines muß ich bemerken, ehe ich zu den folgenden §. §. übergehe. Es ist etwas, was für das Verständniß der Quellen von großer Wichtigkeit ist. Nämlich: die Zulässigkeit der Stellvertretung war bei den Römern ursprünglich in sehr enge Grenzen eingeschlossen. Nur allmälig wurden diese Grenzen erweitert, und selbst in der Periode der klassischen Juristen war man nur erst in dem Streben nach Erweiterung begriffen, ohne überall schon zu festen, allgemein anerkannten Resultaten gelangt zu sein. Daher kommt es, daß wir in den Quellen gleichartige Fälle nicht in allen Stellen auch gleich beurtheilt sehen. Der eine Jurist war auf dem einmal eingeschlagenen Wege zur Ausdehnung der Repräsentation bereits weiter vorgeschritten, während ein anderer darauf noch zurückgeblieben war, und von der ursprünglichen Strenge der Grundsätze sich weniger entfernt hatte. Wir haben uns nun aber gerade an die Stellen zu halten, in denen wir das Princip der Erweiterung am vollständigsten entwickelt, und die Anwendung desselben am weitesten fortgeführt sehen. In diesen Stellen gerade spricht sich der Geist der Justinianischen Legislation aus.

b. Weitere Ausführung.

§. 121.

α. In Bezug auf Rechte.

INST. II, 9. Per quas personas nobis acquiritur. III, 17. (18.) De stipulatione servorum. III, 28. (29.) Per quas personas nobis obligatio acquiritur. — DIG. XLV, 3. De stipulatione servorum. — COD. IV, 27. Per quas personas nobis acquiratur. — DIG. XXVI, 9. COD. V, 39. Quando ex facto tutoris vel curatoris minores agere vel conveniri possunt.

Digitized by Google

Das ältere Römische Recht nahm in Beziehung auf den Erwerb von Rechten Stellvertretung nur allein unter der Voraussetzung der Gewalt an. Der Grundsatz war der, durch Personen, welche unabhängig sind von uns, können wir nicht erwerben [1]). Dagegen: Wo ein Verhältniß der Gewalt vorhanden ist, da ist in Beziehung auf den Erwerb von Rechten Stellvertretung nicht nur möglich, sondern sogar nothwendig, d. h. Alles, was der unserer Gewalt Unterworfene sich selbst erwerben würde, wenn er frei und unabhängig wäre, das erwirbt er nun nicht sich, sondern uns, und zwar der Regel nach selbst dann, wenn wir nichts davon wissen, ja sogar wider unsern Willen, vorausgesetzt nur, daß nicht etwa von solchen Rechten die Rede ist, deren Erwerb mit der Uebernahme von Verpflichtungen verbunden ist [2]).

Von diesen ursprünglichen Grundsätzen wich man nun aber in der Folge der Zeit in mehr als Einer Beziehung ab. Diese Abweichungen betreffen theils die Unzulässigkeit des Erwerbes durch unabhängige Personen, theils die Nothwendigkeit des Erwerbes durch solche, die unserer Gewalt unterworfen sind.

Was den Erwerb durch Unabhängige betrifft, so bestand die erste Abweichung von den ältern Principien darin: Man ging allmälig zu der Ansicht über, daß der Erwerb des Besitzes auch durch unabhängige Personen vermittelt werden könne, und eben so der Erwerb des Eigenthums durch Besitz [3]). In einer Stelle des Modestinus [4]) finden wir aber einen Grundsatz angedeutet,

1) §. 5. I. per quas person. nob. acquir. II, 9. »Ex his itaque apparet, per liberos homines, quos neque juri vestro subjectos habetis, — — — nulla ex causa vobis acquiri posse, et hoc est, quod dicitur, per extraneam personam nihil acquiri posse: — —.«

2) pr. et §. §. 1. 3. I. eod. pr. I. per quas person. nobis obligatio acquir. III, 28. (29.)

3) cit. §. 5. I. per quas pers. II, 9. (den Anfang siehe Note 1.) »— —: excepto eo, quod per liberam personam, veluti per procuratorem, placet, non solum scientibus, sed etiam ignorantibus vobis acquiri possessionem, secundum divi Severi constitutionem, (cfr. L. 1. C. d. acquir. et retin. poss. VII, 32.) et per hanc possessionem etiam dominium, si dominus fuit, qui tradidit, vel usucapionem aut longi temporis praescriptionem, si dominus non sit.« Vgl. L. 41. D. d. usuc. et usurp. XLI, 3. L. 11. §. 6. D. d. P. A. XIII, 7.

4) L. 53. D. d. A. R. D. XLI, 1. »Ea, quae civiliter acquiruntur, per eos, qui in potestate nostra sunt, acquirimus, veluti per stipulationem. Quod naturaliter acquiritur, sicuti est possessio, per quemlibet, volen-

Digitized by Google

welcher noch weiter reicht. Da heißt es nämlich: Was civiliter erworben wird, dasjenige also, zu dessen Erwerbe es eigenthümlicher civiler Formen bedarf, das erwerben wir durch diejenigen, welche unserer Gewalt unterworfen sind; dasjenige dagegen, was naturaliter erworben wird, wozu es also eigner civiler Form nicht bedarf, das können wir durch einen Jeden erwerben.

So allgemein nun aber auch dieser Grundsatz lautet, so ergiebt sich doch aus andern Stellen, daß er auf den Erwerb von Forderungen nicht angewandt wurde. Die Obligationen sind nach Römischer Ansicht zu sehr an die Person geknüpft, als daß bei dem Erwerbe von Forderungen eine directe Stellvertretung durch Andre, als durch Solche hätte für statthaft gehalten werden können, die wegen ihrer Unterwürfigkeit unter unsere Gewalt mit uns juristisch für Eine Person gelten. Wenn daher der Vormund in den Angelegenheiten seines Pflegbefohlenen, oder der Procurator, in Gemäßheit des erhaltenen Auftrages, gegen irgend einen Dritten eine Forderung erwirbt, so ist, auch bei natürlichem Erwerbe, immer er selbst das Subject dieser Forderung, nach neuerem Recht nicht weniger, als nach älterem. In Folgendem weicht aber allerdings das neuere Römische Recht von dem ältern ab: Es gibt der Forderung des Vormundes, des Procurators zugleich eine Beziehung auf den Pflegbefohlenen, auf den Mandanten. Namentlich gestattet es bei einer klagbaren Forderung, die derselben entsprechende Klage dem Pflegbefohlenen, dem Mandanten, zwar nicht direct, wohl aber in der Gestalt einer utilis actio; utiliter kann der Pflegbefohlne den Schuldner des Vormundes, der Mandant den Schuldner des Procurators belangen. So ist es bei Forderungen, welche naturaliter erworben werden [5]; so aber auch da, wo der Erwerb civiler Art ist [6]. Für unsern jetzigen Zweck kann das hier Gesagte genügen, das Nähere über die Stellvertretung bei Forderungen wird in der Folge vorkommen.

tibus nobis possidere, acquirimus.«

5) L. 13. §. 25. D. d. A. E. V. XIX, 1. — L. 4. C. quando ex facto tutoris vel curatoris minores agere vel conveniri possint. V, 39.

6) Unter Anderen ergeben dies L. 28. D. d. procuratorib. VII, 3. L. 2. C. quando ex fact. tutor. V, 39.

Was die Nothwendigkeit der Stellvertretung betrifft da, wo ein Verhältniß der Gewalt vorhanden iſt, ſo ſtimmt, hinſichtlich der herrſchaftlichen Gewalt, das ſpätere Recht mit dem früheren überein; nicht aber in Betreff der väterlichen Gewalt. Durch eine Reihe allmäliger Gradationen iſt es dahin gekommen, daß wir nach Juſtinianiſchem Recht ſagen müſſen: In der Regel erwerben Kinder unter väterlicher Gewalt für ſich, nur unter gewiſſen Vorausſetzungen erwerben ſie noch dem Parens. Ich erinnere an den §. 49. Das Nähere wird im §. 727. vorkommen.

Was nun den Verluſt von Rechten durch Stellvertretung betrifft, ſo gilt hier folgender allgemeiner Grundſatz: Auf rechtliche Weiſe kann Jemand, durch die Handlungen Anderer, Rechte, welche ihm zuſtehen, dann allerdings verlieren, wenn jene Handlungen mit ſeiner Zuſtimmung vorgenommen werden, nicht aber ohne ſeine Zuſtimmung. Von dieſer Regel gibt es nur Eine Ausnahme. Wenn nämlich Jemand, der von Amts wegen die Angelegenheiten eines Andern zu beſorgen hat, wie dieſes bei dem Vormunde der Fall iſt, Rechte des Andern aufgibt, und ſich dabei innerhalb der Gränzen hält, welche ſein Amt ihm vorzeichnet, ſo verliert der Repräſentirte jene Rechte auch ohne ſein Wiſſen.

§. 122.

β. In Bezug auf Verbindlichkeiten.

INST. IV, 7. Quod cum eo contractum est, qui in aliena potestate est. — DIG. XIV, 1. De exercitoria actione. XIV, 3. De institoria actione. XIV, 4. De tributoria actione. XIV, 5. Quod cum eo, qui in aliena potestate est, negotium gestum esse dicetur. XV, 1. De peculio. XV, 2. Quando de peculio actio annalis sit. XV, 3. De in rem verso. XV, 4. Quod jussu. — COD. IV, 25. De exercitoria et institoria actione. IV, 26. Quod cum eo, qui in aliena potestate est, negotium gestum esse dicetur, vel de peculio, sive quod jussu, aut de in rem verso. — DIG. XXVI, 9. COD. V, 39. Quando ex facto tutoris vel curatoris etc.

INST. IV, 8. DIG. IX, 4. COD. III, 41. De noxalibus actionibus.

Digitized by Google

I. Begründung.

Wir müssen hier unterscheiden zwischen obligatorischen Verpflichtungen, welcht aus Vergehungen entspringen, und andern Verbindlichkeiten.

Zuerst von Obligationen, welche nicht aus Vergehungen entspringen [1]). Zunächst wird auf das Verhältniß der Gewalt, dann auf das Verhältniß der amtlichen Fürsorge, und zwar insbesondere auf das der Vormundschaft, zuletzt auf das Verhältniß der Bevollmächtigung Rücksicht zu nehmen sein. — Anlangend das Verhältniß der Gewalt, so gehen die Römer von der Ansicht aus: Die Gewalt, welche ich über einen Andern habe, soll mir zum Vortheile gereichen, nicht aber zum Nachtheil. Daher ist es denn nun Regel: Wenn ein meiner Gewalt Unterworfener obligatorische Verpflichtungen gegen einen Dritten contrahirt, so gehen diese Verpflichtungen mich nichts an. Die Regel unterliegt jedoch gewissen Ausnahmen, welche sich aus dem prätorischen Edicte herschreiben. Auch in diesen ausgenommenen Fällen bleibt der der Gewalt Unterworfene selbst der eigentlich Verpflichtete, allein derjenige, dem die Potestas zusteht, wird als mitverpflichtet angesehen; der Gläubiger hat hier statt Eines Schuldners deren zwei. Der Grund nun aber, weshalb der Inhaber der Gewalt als mitverpflichtet betrachtet wird, kann liegen, erstens in der von ihm ertheilten Zustimmung; zweitens in der Verwendung in seinem Nutzen. Beides bedarf einer kurzen Erläuterung. Die Zustimmung kann zu der fraglichen Verpflichtung in einer ganz speciellen Beziehung stehen [2]); sie kann aber auch von allgemeiner Art sein. Dahin gehört namentlich der Fall, da ich einem meiner Potestas Unterworfenen, in der Eigenschaft eines Magister navis, die Führung eines Schiffes anvertraut, oder ihn, in der Eigenschaft eines Institor, einem anderweitigen mercantilischen Geschäfte vorgesetzt habe. Wenn er da, in Gemäßheit der ihm im Allgemeinen für seine Geschäftsführung ertheilten Instruction, gegen dritte Personen obligatorische Verpflichtungen contrahirt, so bin ich mitver-

1) Die dahin gehörigen Titel sind oben im ersten Absatze angegeben.

2) §. 1. I. quod cum eo etc. IV, 7.

pflichtet [3]). Aber auch das gehört hieher, wenn ich zwar den meiner Potestas Unterworfenen nicht gerade als Magister navis, oder als Institor anstelle, ihm sonst aber einen Theil meines Vermögens zur Verwaltung überlasse. Die Römer drücken dieses so aus: Wenn ich ihm ein Peculium gebe. Hier nämlich wird angenommen, ich habe die von ihm gegen dritte Personen contrahirten Verbindlichkeiten im Allgemeinen insoweit anerkannt, als ihnen aus dem Betrage des Peculii genügt werden könne. Und deshalb bin ich denn, so weit dieser Betrag reicht, also Peculio tenus, mitverpflichtet [4]). Was aber den andern Grund der Mitverpflichtung anbelangt, ich meine die Verwendung in den Nutzen desjenigen, welchem die Gewalt zusteht, so hat es damit im Allgemeinen folgende Bewandtniß: Denken wir uns, ein meiner Potestas Unterworfener hat von einem Dritten etwas empfangen, und sich dafür zu einer Gegenleistung verpflichtet. Nun verwendet er das Empfangene ganz oder zum Theil in meinem Nutzen. Hier werde ich, auf den bloßen Grund dieser Verwendung, soweit der Betrag derselben reicht, für mitverpflichtet angesehen [5]). Soviel über das Verhältniß der Gewalt. Ausführlich wird von demjenigen, was hier nur angedeutet werden sollte, im Familienrechte gehandelt werden, nämlich in den §. §. 734 — 738.

Es folgt nunmehr das Verhältniß der Vormundschaft. Hier war es im ältern Rechte so: Wenn der Vormund in den Angelegenheiten seines Pflegbefohlnen obligatorische Verpflichtungen gegen dritte Personen contrahirte, so ward nur er diesen dritten Personen verpflichtet; nur an ihn konnten sie sich halten. Er mußte ihnen gerecht werden, und es war dann seine Sache, sich hinterdrein mit dem Pflegbefohlnen auseinanderzusetzen. Nach den Grundsätzen des neuern Römischen Rechts aber wird der Pflegbefohlne als mitverpflichtet betrachtet. Diejenigen, gegen welche der Vormund obligatorische Verpflichtungen contrahirt hat, haben zwar gegen den Pflegbefohlnen keine directe Klage, doch aber eine utilis actio. Ja, nach aufgehobener Vormundschaft

3) §. 2. I. eod.
4) §. §. 3. 4. I. eod.
5) cit. §. 4. I. eod.

Digitized by Google

können sie sich mit Erfolg an den Vormund selbst gar nicht mehr halten. Nehmen sie jetzt noch den Vormund in Anspruch, so kann dieser sie an seinen gewesenen Pflegbefohlnen weisen [6]). Ein Mehreres über diesen Gegenstand wird vorgetragen werden im §. 762.

Ich wende mich jetzt zu dem Verhältnisse vertragsmäßiger Bevollmächtigung. Die Grundsätze des ältern Rechts waren hier den hinsichtlich der Vormundschaft geltenden ganz analog. Wenn der Bevollmächtigte, in den Angelegenheiten seines Mandanten, gegen dritte Personen obligatorische Verpflichtungen contrahirte, so konnten diejenigen, gegen welche er sich verpflichtet hatte, nur allein ihn in Anspruch nehmen. Allerdings war er befugt, wenn er Zahlung geleistet, von seinem Mandanten Erstattung zu fordern, aber die Gläubiger selbst konnten sich nicht an den Mandanten halten. Wie nun aber war es nach späterem Rechte? Hier stoßen wir anfangs nur auf zwei Ausnahmen, beide herrührend aus dem prätorischen Edicte, und beschränkt auf ganz bestimmte Fälle der Bevollmächtigung. Wenn nämlich Jemand einen von ihm Unabhängigen als **Magister navis** anstellt, oder als **Institor**, so soll er, nach dem Edicte, denjenigen, die mit diesem **Magister navis**, oder mit diesem **Institor** contrahirt haben, eben so verpflichtet sein, wie wenn er in gleicher Art einen seiner Gewalt Unterworfenen angestellt hätte [7]). Späterhin ging man nun aber weiter. Was das Edict in Ansehung des **Institor** anordnete, wandte man analoger Weise auch auf solche Fälle der Bevollmächtigung an, von welchen in dem Edicte nicht die Rede war. Auch in diesen Fällen betrachtete man nunmehr den Mandanten als mitverpflichtet; man gestattete denjenigen, welche mit dem Bevollmächtigten contrahirt hatten, den Mandanten in Anspruch zu nehmen, gleich als ob der Bevollmächtigte ein **Institor** wäre [8]). Und so ist denn nun das endliche Resultat dieses:

6) L. ult. D. quando ex facto tutor. XXVI, 9. L. 1. C. eod. V, 39.

7) S. Note 3.

8) L. 13. §. 25. D. d. A. E. V. XIX, 1. »Si procurator vendiderit et caverit emtori, quaeritur: an domino, vel adversus dominum actio dari debeat? Et Papinianus — — putat, cum domino ex emto agi posse utili actione exemplo institoriae actionis si modo rem vendendam mandavit. Ergo et per contrarium dicendum est,

Digitized by Google

Wenn der Bevollmächtigte in Gemäßheit des ihm ertheilten Auftrages mit einem Dritten contrahirt, und sich dieser verpflichtet, so ist der Mandant immer mitverpflichtet, der Dritte kann sich immer auch an diesen halten. Wegen der weiteren Ausführung verweise ich auf die §. §. 530 — 532. — Das Bisherige betraf das Verhältniß der Bevollmächtigung. Nun muß ich aber anhangsweise noch etwas sagen in Bezug auf ein der Bevollmächtigung analoges Verhältniß, ich meine die Geschäftsführung ohne Auftrag, die s. g. **Negotiorum gestio.** Wenn Jemand meine **Negotia** gerirt und in Beziehung darauf gegen dritte Personen obligatorische Verpflichtungen contrahirt, so sind an und für sich diese dritten Personen nicht befugt, mich in Anspruch zu nehmen. Sobald indessen eine Verwendung zu meinem Nutzen statt gefunden hat, so bin ich alsdann allerdings mitverpflichtet [9]).

Ich wende mich jetzt zu der Berücksichtigung solcher Verbindlichkeiten, die aus Vergehungen entspringen [10]). Wenn ich zu irgend einem Vergehen Befehl oder Auftrag ertheilt habe, und dieser Befehl, dieser Auftrag ausgeführt wird, so hafte ich dem dadurch Gefährdeten, aber ich hafte hier wegen meines eignen Unrechts. Ich selbst habe mich durch jenen Befehl, durch jenen Auftrag eines Vergehens schuldig gemacht. Außerdem aber ist die Regel diese: Wenn ein Anderer sich gegen dritte Personen eines Vergehens schuldig macht, so hat die von ihm dadurch contrahirte obligatorische Verpflichtung keine Beziehung auf mich, gesetzt auch, daß ich zu ihm in einem noch so nahen Verhältnisse stehe. Von dieser Regel macht jedoch das Verhältniß der **Potestas** eine Ausnahme. Ungeachtet sonst die herrschende Ansicht diese ist: die Gewalt, die ich über einen Andern habe, soll mir zum Vortheil gereichen, nicht zum Nachtheil, so gilt dennoch, im Widerstreite damit, nach älterem Römischen Rechte folgender Grundsatz: Wenn ein meiner **Potestas** Unterworfener sich gegen irgend einen Dritten eines Vergehens schuldig macht, so bin ich mitverpflichtet. Allein ich kann mich von allen Ansprüchen da-

utilem ex emto actionem domino competere.‹

9) L. 7. §. 1. C. quod cum eo etc. IV, 26.

10) Die hieher gehörigen Titel siehe oben im zweiten Absatze der Quellenangabe.

Digitized by Google

durch befreien, daß ich dem Gefährdeten den Sklaven, oder das Kind überlasse, hingebe. Für dieses Hingeben, für dieses Ueberlassen sind die technischen Ausdrücke »Noxae dare«, »Noxae dedere«, »Noxae deditio.« Im Justinianischen Recht gilt noch dasselbe im Fall der herrschaftlichen, aber nicht mehr in Hinsicht der väterlichen Gewalt. Der Parens kann wegen der Vergehungen, deren die seiner Gewalt unterworfenen Kinder sich schuldig machen, nicht mehr in Anspruch genommen werden [11]).

II. Befreiung.

Obligatorische Verpflichtungen können auf sehr mannichfaltige Weise aufgehoben werden. Hier interessiren uns jedoch nur diejenigen Arten der Aufhebung, wobei die Befreiung von einer obligatorischen Verpflichtung durch Handlungen des Verpflichteten herbeigeführt werden kann. Es fragt sich nämlich: lassen dergleichen Handlungen einen Stellvertreter zu? Wird also der Verpflichtete frei von seiner Verbindlichkeit, auch wenn er nicht in eigner Person handelt, sondern statt seiner einen Stellvertreter handeln läßt? Diese Frage nun ist im Allgemeinen zu bejahen. Ja in manchen Fällen hat sogar die Handlung eines Solchen, der zu dem Verpflichteten in gar keinem, für die Begründung einer Stellvertretung geeigneten Verhältniß steht, dieselbe Wirkung, welche erfolgen würde, wenn der Verpflichtete selbst gehandelt hätte. Dieses ist bei der Aufhebung einer Verpflichtung durch Erfüllung der Fall. In der Regel werde ich von einer Verpflichtung befreiet, wenn irgend Jemand, er sei, wer er wolle, Zahlung für mich leistet, selbst wenn dieses wider meinen Willen geschieht. Eben so kann Jemand, selbst gegen meinen Willen, mich durch Novation von einer obligatorischen Verpflichtung befreien. Desgleichen: wenn Jemand im Processe für den Beklagten als dessen Defensor auftritt, d. h. als Vertheidiger desselben, ohne daß ein eignes Verhältniß der Stellvertretung begründet wäre, so kommt dieses dem Beklagten zu Statten. Wird also der Kläger, der irgend eine Forderung geltend machen wollte, abgewiesen, so kann der Beklagte, wenn Jener ihn

11) pr. et §. ult. I. d. noxalib. act. IV, 8.

Digitized by Google

ſpäter abermals in Anſpruch nehmen will, ſich mittelſt der Exceptio rei judicatae gerade ſo ſchützen, wie wenn er in eigner Perſon, oder durch einen eigentlichen Stellvertreter den Proceß geführt hätte.

Ich ſagte vorhin, der Regel nach ließen Handlungen, welche auf die Aufhebung einer obligatoriſchen Verpflichtung abzweckten, Stellvertretung zu. Indeſſen ohne Ausnahme iſt dieſes allerdings nicht. Namentlich gehört hieher dieſes: Es kann ſein, Jemand iſt zu einer Handlung verpflichtet, bei der es ganz beſonders auf ſeine Perſönlichkeit ankommt. Eine ſolche Verpflichtung wird er dann auch nur dadurch erfüllen können, daß er ſelbſt und in eigner Perſon handelt; hier wird alſo die Regel, daß man durch einen Stellvertreter Zahlung leiſten und ſo von ſeiner Verpflichtung befreiet werden könne, keine Anwendung finden, und noch weniger wird hier derjenige für uns handeln können, der überall nicht als eigentlicher Stellvertreter betrachtet werden kann.

II. Verſchiedene Arten der Rechtsverhältniſſe.

(§. §. 123-127.)

A. Von der Verſchiedenheit der Rechte nach dem Umfange der zum Grunde liegenden Rechtsvorſchriften, oder von dem Unterſchiede zwiſchen allgemeinen und ſingulären Rechten.

§. 123.

a. Ueberhaupt.

Der Unterſchied zwiſchen dem Allgemeinen und Singulären kann bezogen werden auf Rechtsvorſchriften; er kann aber auch bezogen werden auf die aus dieſen Rechtsvorſchriften hervorgehenden Rechtsverhältniſſe. In der erſten Beziehung iſt von dem gedachten Unterſchiede ſchon früher die Rede geweſen, im §. 16. bei der Eintheilung des Rechts in Jus generale und Jus singulare. Die zweite Beziehung faſſen wir hier ins Auge.

Ein allgemeines Recht iſt ein ſolches, welches auf einer all-

Digitized by Google

gemeinen Rechtsvorſchrift beruht. Ein ſinguläres Recht dagegen iſt dasjenige, dem eine ſinguläre Rechtsvorſchrift zum Grunde liegt, eine ſolche alſo, die eine Ausnahme von der Regel anordnet. Für dergleichen ſinguläre Rechtsvorſchriften wird, wie wir im §. 16. geſehen haben, der Ausdruck **Privilegium** gebraucht. Man überträgt nun aber dieſen Ausdruck auch auf das durch eine ſolche Vorſchrift begründete Recht. Man ſagt von Jemandem, er habe ein **Privilegium**, wenn er im Beſitze iſt eines auf einem **Privilegium** beruhenden Rechtes. In dieſem Sinne iſt **Privilegium** ſoviel, als Vorrecht. Dergleichen Vorrechte können nun aber, wie wir gleichfalls im §. 16. geſehen haben, wieder beruhen entweder auf einer Dispenſation, oder auf einem **Privilegium** im engern Sinne des Worts, oder auf einem **Beneficium legis**. Auch dieſe letztern Ausdrücke nun, **Privilegium** im engern Sinne und **Beneficium legis**, werden nicht bloß für gewiſſe Rechtsvorſchriften gebraucht, ſondern auch für die dadurch verliehenen Rechte ſelbſt.

Ueber die allgemeinen Rechte iſt hier überall nichts weiteres zu ſagen, wohl aber über die ſingulären. Dasjenige, was dem **Privilegium** im engern Sinne eigenthümlich iſt, bleibt ausgeſetzt für den folgenden Paragraphen. Was aber ſchon hier zu bemerken iſt, das iſt dieſes:

1. Die Privilegien überhaupt werden eingetheilt in **Privilegia personae** und in **Privilegia causae** [1]). Beſonders wichtig aber iſt dieſe Eintheilung in Bezug auf die **Beneficia legis**. Ein **Privilegium** iſt ein **Privilegium personae**, wenn es ſtreng an die Perſon gebunden iſt; unter einem **Privilegium causae** aber wird ein ſolches verſtanden, welches auf die Erben übergeht. So iſt z. B. das ſ. g. **Beneficium competentiae** der Regel nach ein **Privilegium personae**. (§. §. 412. 413.) Dagegen iſt z. B. das Vorrecht der Frauen, ſich der **Exceptio SCti**

1) L. 196. D. d. R. J. »Privilegia quaedam causae sunt, quaedam personae: et ideo quidem ad heredem transmittuntur, quae causae sunt: quae personae sunt, ad heredem non transeunt.« L. 68. D. eod. »In omnibus causis id observatur, ut ubi personae conditio locum facit beneficio, ibi deficiente ea beneficium quoque deficiat; ubi vero genus actionis id desiderat, ibi ad quemvis persecutio ejus devenerit, non deficiat ratio auxilii.«

Digitized by Google

Vellejani zu bedienen, ein Privilegium causae (§. §. 569—74). Uebrigens pflegen die Privilegia causae nicht bloß auf die Erben überzugehen, sondern auch den Bürgen zu Statten zu kommen. (§. 565.) — Gewisser Maßen in der Mitte zwischen den Privilegia personae und den Privilegia causae stehen solche Beneficien, welche zwar nicht streng an die Person gebunden sind, aber doch nur auf gewisse Erben übergehen. So geht z. B. das Vorrecht, welches mit der, einer Frau ihrer Dos halber zustehenden gesetzlichen Hypothek verbunden ist, zwar nicht auf ihren Erben überhaupt, wohl aber auf ihre sie beerbenden Kinder über. (§. 350. II.)

2. Der Gebrauch der Privilegien ist etwas, was im Ganzen von der Willkür des Berechtigten abhängt. Insbesondere verdient noch Folgendes hervorgehoben zu werden. Dadurch daß Jemand in einem gewissen Falle von dem ihm zustehenden Vorrechte keinen Gebrauch macht, büßt er keineswegs die Befugniß ein, dasselbe in der Folge in irgend einem andern Falle geltend zu machen [2]). — Ich habe gesagt: Im Ganzen ist der Gebrauch der Privilegien eine Sache der freien Willkür; aber freilich nicht schlechthin und in jeder Beziehung. Schon im §. 111. habe ich angeführt, daß man nach Canonischem Recht den einem ganzen Stande verliehenen Privilegien nicht entsagen kann. Und ferner: Privilegien im eigentlichen Sinne können durch fortgesetzten Nichtgebrauch möglicher Weise verloren gehen. Davon im folgenden Paragraphen.

§. 124.

b. Insbesondere von Privilegien im engern Sinne.

I. Arten.

Bei den Neuern sind folgende Eintheilungen der Privilegien üblich:

1. Die Eintheilung in Privilegia gratuita s. gratiosa, die man unentgeltlich erhält, und in Privilegia onerosa, für deren Verleihung etwas geleistet wird.

2) L. 2. pr. D. d. veteran. XLIX, 18. L. 2. C. d. his, qui sponte publ. muner. sub. X, 43.

Digitized by Google

2. Die Eintheilung in **Privilegia realia** und **personalia**, nicht zu verwechseln mit dem im vorigen Paragraphen angeführten Unterschiede zwischen **Privilegia causae** und **Privilegia personae**. Die Bedeutung dieser Eintheilung wird von Verschiedenen verschieden bestimmt. Die beste Bestimmung dürfte diese sein: **Ein Privilegium reale ist ein solches, welches dergestalt mit einem Grundstücke verbunden ist, daß es dem jedesmaligen Eigenthümer oder Besitzer des Grundstücks, als solchem, zu Statten kommt. Jedes andere Privilegium ist ein Privilegium personale.**

3. Die Eintheilung in **Privilegia affirmativa**, in Folge deren man berechtigt ist, etwas zu thun, und in **Privilegia negativa**, in Gemäßheit deren man befugt ist, etwas zu unterlassen.

II. Erwerb.

Die Ertheilung eines **Privilegium** kann nur von der gesetzgebenden Gewalt ausgehen. Ein Privilegium beruht daher jederzeit auf einer Verfügung des Regenten, von der entweder constirt, daß sie erlassen sei, oder von der wenigstens, wegen unvordenklicher Ausübung des in Frage stehenden Vorrechts, vermuthet wird, daß sie erlassen worden.

III. Wirkung.

1. Ein Privilegium ist insofern unwirksam, als es den vor der Zeit seiner Verleihung wohlerworbenen Rechten dritter Personen zuwiderläuft. Daher geht denn auch, wenn die Privilegien verschiedener Personen collidiren, das ältere Privilegium dem jüngern jederzeit vor.

2. Der Umfang des Vorrechts richtet sich natürlich nach dem Inhalte der Verleihung. Und da pflegt man denn die Regel zu geben: »**Privilegia sunt strictae interpretationis.**« Diejenigen, welche diese Regel aufstellen, wollen damit zweierlei sagen:

a. Privilegien gestatten keine analoge Anwendung auf andere Personen und andere Fälle. Und das hat denn auch seine volle Richtigkeit. Ich erinnere an den §. 30.

Digitized by Google

b. Bezieht sich nun aber die angegebene Regel auch auf die eigentliche Interpretation. Angedeutet habe ich dies schon im §. 22. Aber es bedarf einer nähern Erörterung, um so mehr, als unsere Regel nicht selten mißverstanden wird. Die Sache verhält sich so: Wie jede andere gesetzliche Bestimmung in dem vollen Umfange aufgefaßt werden muß, welchen die Absicht des Gesetzgebers mit sich bringt, so ist dies auch bei Privilegien der Fall. Wo die Absicht klar ist, da darf derjenige, welchem das Privilegium zusteht, unbedenklich alle und jede unter jener Absicht begriffene Begünstigungen in Anspruch nehmen [1]). Hiermit hängt es denn auch zusammen, wenn man sagt: Ein Privilegium darf nie so erklärt werden, daß es, statt dem Privilegirten zum Vortheil zu gereichen, zu dessen Nachtheil ausschlagen würde; denn die Absicht des Verleihers ist ja jederzeit Begünstigung, nicht Zurücksetzung [2]). — Bisher sind wir von der Voraussetzung ausgegangen: die Absicht des Verleihers ist klar. Jetzt aber wollen wir annehmen: der Wortsinn ist zweideutig und die Absicht zweifelhaft. Hier ist es, wo unsere Regel zur Anwendung kommt: Es ist zu vermuthen, daß der Ertheiler des Privilegiums von den allgemeinen Rechtsgrundsätzen so wenig, als möglich habe abweichen wollen, und daher sind die Worte in derjenigen Bedeutung zu nehmen, welche von jenen Grundsätzen die geringste Abweichung mit sich führt [3]).

Es fragt sich jetzt noch

3. nach den auf Privilegien Bezug habenden Rechtsmitteln. Von selbst versteht es sich, daß ein Privilegium gelegentlich mittelst einer Einrede geltend gemacht werden kann. Was aber die Klagen anbelangt, so pflegt man heutiges Tages demjenigen, der ein Privilegium zu haben behauptet, eine Klage nach der Analogie der Confessoria actio zu geben; demjenigen aber, welcher

1) L. 3. §. 1. D. d. const. princip. I, 4. »Beneficium Imperatoris — — — quam plenissime interpretari debemus.«

2) L. 25. D. d. legib. I, 3. »Nulla juris ratio aut aequitatis benignitas patitur, ut quae salubriter pro utilitate hominum introducuntur, ea nos duriore interpretatione contra ipsorum commodum producamus ad severitatem.«

3) Ein Beispiel zur Erläuterung enthält L. 35. pr. C. d. inofficios. testam. III, 28.

Digitized by Google

einen Andern der unbefugten Anmaßung eines Privilegiums beſchuldigt, eine Klage nach der Analogie der Negatoria actio [4]).

IV. Aufhebung.

Ein Privilegium kann aufgehoben werden:

1. Durch den Untergang des Subjects. So erlöſchen Privilegien, welche einzelnen phyſiſchen Perſonen ertheilt ſind, mit dem Tode dieſer Perſonen, wofern ſie denſelben nicht eigens in der Art verliehen ſind, daß ſie auch auf die Erben übergehen ſollen.

2. Durch Ablauf der Zeit, falls ſie bei ihrer Verleihung auf eine beſtimmte Zeit beſchränkt worden ſind.

3. Durch Widerruf. Ein Privilegium kann nach Willkür widerrufen werden, wenn bei Ertheilung deſſelben willkürlicher Widerruf vorbehalten iſt, wenn alſo, wie man das auszudrücken pflegt, das **Privilegium ad bene placitum** ertheilt iſt. Aber auch andere Privilegien können widerrufen werden, falls der Privilegirte ſich des Mißbrauchs ſchuldig macht [5]), desgleichen, wenn anderweitige Gründe des öffentlichen Wohls die Zurücknahme des Privilegiums erheiſchen. Nur fordert in dieſem letzten Falle die Billigkeit, daß der Privilegirte entſchädigt werde, zumal wenn er das Privilegium **ex causa onerosa** erworben hat.

4. Durch Entſagung von Seiten des Privilegirten [6]). Wenn jedoch das dem Privilegirten verliehene Vorrecht mit der Verpflichtung zu gewiſſen fortlaufenden Leiſtungen verbunden iſt, ſo kann ihm die Befugniß zu einſeitiger Entſagung nicht zugeſtanden werden.

5. Es fragt ſich: Gehen Privilegien durch Nichtgebrauch verloren? Mit andern Worten: Gibt es eine Extinctiv-Verjährung der Privilegien? Es iſt dies eine höchſt beſtrittene Frage. Nach Römiſchem Recht muß ſie verneint werden, mit Ausnahme Eines Falles: nämlich das einer Gemeinheit verliehene Recht Jahrmarkt zu halten, erliſcht durch zehnjährigen Nichtge-

4) Vgl. Glück, X. S. 243. folg.
5) L. 3. C. d. aquaeductu. XI, 42. c. 11. c. 21. pr. X. d. privilegiis et excessibus privilegiatorum. V, 33.
6) c. 6. X. eod.

Digitized by Google

brauch [7]). Nach Canoniſchem Recht dagegen iſt es gewiß, daß negative Privilegien durch Nichtgebrauch verloren gehen, dadurch alſo, daß man eine beſtimmte Zeit hindurch dasjenige thut, was man zu unterlaſſen berechtigt war [8]). Es iſt da insbeſondere von der auf einem **Privilegium** beruhenden Befreiung von Zehnten die Rede. Der Grund aber, der für die Verjährbarkeit eines ſolchen Privilegiums angegeben wird: »**cum liberum sit unicuique suo juri renuntiare,**« paßt auf alle negativen Privilegien. Aber Stellen, welche von affirmativen Privilegien ſprächen, kommen im **Corpus juris canonici** nicht vor. In der That iſt auch hier nicht **par ratio** vorhanden — denn es liegt offenbar mehr in dem Thun desjenigen, was man zu thun gar nicht ſchuldig war, als in dem bloßen Unterlaſſen desjenigen, was man zu thun ein Recht hatte. Da nun die Verjährung überhaupt immer nur als Ausnahme von der Regel zu betrachten iſt, ſo muß man ſagen: Affirmative Privilegien gehen durch Nichtgebrauch nicht verloren, ausgenommen das Recht Jahrmarkt zu halten. Die Klage, womit das Privilegium geltend gemacht werden ſoll, die kann allerdings verjähren, aber dadurch hört das Privilegium ſelbſt nicht auf, ſondern nur die einzelne Klage gegen den Einzelnen, welcher dem Privilegium entgegen handelt, dieſe hört auf, wirkſam zu ſein. — So verhält ſich die Sache nach der Anſicht, welche mir die richtige ſcheint. Es iſt dies aber keineswegs die gemeine Meinung. Dieſer zu Folge gehen auch affirmative Privilegien durch Nichtgebrauch verloren. So nehmen Einige bei Privilegien überhaupt, mit Ausnahme des Rechts Jahrmarkt zu halten, eine dreißigjährige Friſt an; Andere fordern dieſe nur bei negativen Privilegien, während ſie die affirmativen insgeſammt ſchon durch zehnjährigen Nichtgebrauch erlöſchen laſſen u. d. m.

7) **L. 1. D. d. nundin. L, 11.** »Nundinis impetratis a principe, non utendo qui meruit decennii tempore usum amittit.«

8) **cit. c. 6. c. 15. X. d. privileg. V, 33.** Die erſte Stelle erwähnt eines dreißigjährigen, die zweite eines vierzigjährigen Nichtgebrauchs.

Digitized by Google

B. Von der Verschiedenheit der Rechtsverhältnisse ihrem Gegenstande nach.

§. 125.

a. Im Allgemeinen.

Es gibt Rechte, bei denen man in keinem besondern Verhältnisse zu irgend einer einzelnen bestimmten Person steht, Rechte, deren Gegenstand eine körperliche Sache ist, und welche darin bestehen, daß man über eine solche Sache eine bald ausgedehntere, bald beschränktere Herrschaft hat. Diese Rechte werden *dingliche Rechte* genannt.

Ferner gibt es nun aber auch Rechte, die allerdings ein Verhältniß zu einer bestimmten Person voraussetzen, und sich eben darin von den dinglichen Rechten unterscheiden. Diese sind wieder von einer gedoppelten Art. Es gibt nämlich Verhältnisse, deren juristischer Gehalt darin besteht, daß man berechtigt ist, von einer bestimmten andern Person irgend eine einzelne Handlung, oder auch mehre dergleichen Handlungen zu fordern, während diese andere Person zu deren Leistung verbunden ist. Diese Verhältnisse heißen *Obligationen*.

Aber es kommen unter bestimmten Personen auch solche Rechtsverhältnisse vor, welche nicht auf einzelne Handlungen beschränkt sind, sondern mehr oder weniger die ganze Persönlichkeit in Anspruch nehmen. Dies sind die *Familienverhältnisse*.

Ich habe so eben die Obligationen mit den Familienverhältnissen zusammengestellt. Es gibt indessen auch eine Beziehung, und zwar eine sehr wichtige, in welcher die Obligationen näher mit den dinglichen Rechten, als mit den Familienverhältnissen verwandt sind; das ist die *Schätzbarkeit in Gelde*, also die Beziehung auf den Begriff des *Vermögens*; deshalb faßt man häufig dingliche Rechte und Obligationen zusammen unter der Benennung: *Vermögensverhältnisse*. Bei den Familienverhältnissen fällt jene Schätzbarkeit in Gelde weg. Die hier bezeichneten drei Classen von Rechtsverhältnissen — *dingliche Rechte*, *Obligationen*, *Familienverhältnisse* — eignen sich zu ebenso vielen Hauptabschnitten in der Darstellung

Digitized by Google

der besondern Lehren des Privatrechts, weshalb denn auch im weitern Verfolge von jeder dieser drei Classen von Rechtsverhältnissen in einem besondern Buche wird gehandelt werden.

Auch die Lehre von der universellen Succession bildet einen eigenen Hauptabschnitt in der Darstellung des Privatrechts, aber nicht, weil etwa hier von einer vierten Classe von Rechtsverhältnissen die Rede wäre, sondern aus einem ganz andern Grunde. Nämlich: die Darstellung des Details über die Entstehung der Rechtsverhältnisse gehört an und für sich dahin, wo von den einzelnen Rechtsverhältnissen selbst gehandelt wird. Und dies läßt sich denn auch, inwieweit von der originären Entstehung der Rechtsverhältnisse oder von der Begründung derselben durch singuläre Succession die Rede ist, vollkommen durchführen. Aber eine eigene Schwierigkeit bietet der Erwerb eines ganzen Vermögens durch universelle Succession dar. Hier handelt es sich ja nicht bloß um den Erwerb irgend eines einzelnen dinglichen Rechtes, oder um den Eintritt in irgend ein einzelnes obligatorisches Verhältniß; sondern derjenige, welcher einem Andern per universitatem succedirt, tritt in alle Vermögensverhältnisse desselben ein, in alle seine dinglichen Rechte, in alle seine Forderungen, in alle seine obligatorischen Verpflichtungen. Daher findet sich weder in der Lehre von den dinglichen Rechten, noch in der Lehre von den Obligationen eine angemessene Stelle, an welcher die eigenthümlichen Grundsätze vorgetragen werden könnten, worauf die Lehre von der universellen Succession und von den damit im Zusammenhange stehenden Rechtsverhältnissen beruht. Woraus sich denn die Nothwendigkeit ergibt, dieser Lehre in der Darstellung des Privatrechts einen eigenen Abschnitt anzuweisen. Unser heutiges gemeines Recht kennt indessen nur zwei Arten universeller Succession — Erbfolge und Confiscation, inwieweit nämlich diese sich auf das ganze Vermögen bezieht. Die Confiscation nun setzt immer ein Verbrechen voraus, welches mit dem Verluste des Vermögens geahndet wird, und daher gehört die Lehre von der Confiscation mehr in das Criminalrecht, als in das Privatrecht. Schließen wir sie aber aus, so fällt dann die Lehre von der universellen Succession zusammen mit

Digitized by Google

der Lehre von der Erbfolge, und der Lehre von den Vermächtnissen, welche letzteren sich von der Theorie der Erbfolge nicht trennen lassen. Hieraus geht dann der Begriff des Erbrechts, als eines eigenen Hauptabschnitts in dem Systeme des Privatrechts, hervor, welcher daher den Inhalt des fünften Buches bilden wird.

b. Insbesondere.

§. 126.

α. Von den Vermögensverhältnissen.

I. Dingliche Rechte.

Es gibt, wie ich schon in dem vorigen Paragraphen bemerkt habe, Rechte, deren unmittelbarer Gegenstand eine körperliche Sache ist, dergestalt, daß die bald ausgedehntere, bald in gewisse Grenzen eingeschlossene Herrschaft über die Sache dasjenige ist, was den Inhalt des Rechts ausmacht. Fragt man aber bei diesen Rechten nach dem Correlat derselben, d. h. nach den ihnen gegenüberstehenden Verpflichtungen, so ist die Antwort diese: das Correlat eines solchen Rechts besteht lediglich in der, allen übrigen Menschen gleichmäßig obliegenden, Verpflichtung, dem Berechtigten in der Ausübung der ihm zustehenden Herrschaft nicht in den Weg zu treten, also wider dessen Willen weder selbst etwas mit der Sache vorzunehmen, was zu thun ihm allein zukommt, noch auch ihn an derjenigen Behandlung der Sache zu hindern, zu der er berechtigt ist. Das wichtigste Recht dieser Art ist das Eigenthumsrecht, **Dominium**. Dieses nämlich, wo es in seiner ganzen Fülle vorhanden ist, besteht in dem Recht unbeschränkter Herrschaft über eine Sache; in dem Recht also, diese ganz nach Willkür und ausschließlich zu behandeln.

Nun aber gibt es auch Fälle, in denen das Recht an einer Sache nicht diese unbeschränkte Herrschaft gewährt. Es kommt vor, daß Jemand das Recht hat, über eine Sache nicht schlechthin, aber doch in einer gewissen Beziehung zu verfügen; eben so kommt es vor, daß Einer das Recht hat, Jedem eine gewisse Verfügung über die Sache zu untersagen, aber nur eben diese; und dagegen finden wir denn, daß in dem einen, wie in dem

Digitized by Google

andern Falle die übrigen in dem Begriffe des Eigenthums enthaltenen Befugniſſe in der Perſon eines Andern vorhanden ſind. Dann werden wir dieſem Andern ein beſchränktes Eigenthum beilegen; jenem aber, der ſelbſt über die Sache auf eine gewiſſe Weiſe verfügen, oder Jedem eine gewiſſe Verfügung unterſagen darf, dem werden wir ein das Eigenthum beſchränkendes Recht zutheilen. Solcher das Eigenthum beſchränkender Rechte gibt es viererlei Arten. Es gehören nämlich dahin:

1. Die Servitutes, wofür es keinen vollkommenen und adäquaten Deutſchen Ausdruck gibt.
2. Die Emphyteusis.
3. Die Superficies, im Deutſchen Platzrecht.
4. Das Pignus, auch Hypotheca genannt, im Deutſchen Pfandrecht.

Ein gemeinſamer Ausdruck für dieſe beſchränkenden Rechte iſt »Jus in re«, desgleichen »Jus in re aliena.« Sollen aber alle Rechte bezeichnet werden, deren unmittelbarer Gegenſtand eine körperliche Sache iſt, das Eigenthum mit eingeſchloſſen, ſo bedient man ſich folgender Ausdrücke: dingliche Rechte, Rechte an Sachen. Im Lateiniſchen gebrauchen Viele, als gleichbedeutend, den Ausdruck Jus in re, indem ſie dieſem eine ausgedehntere Bedeutung beilegen, als die vorhin erwähnte. In früherer Zeit war dieſer Sprachgebrauch ganz allgemein angenommen, jetzt iſt er es nicht mehr. Und ſo werde denn namentlich auch ich ihn nicht befolgen, ſondern Jus in re immer nur da gebrauchen, wo von einem das Eigenthum beſchränkenden dinglichen Rechte die Rede ſein ſoll. Uebrigens kommen bei den Neuern für den Begriff, dingliches Recht, auch noch folgende Ausdrücke vor: »Jus in rem«, »Jus reale.« Der Inbegriff nun aller auf die Lehre von den dinglichen Rechten ſich beziehenden rechtlichen Beſtimmungen pflegt Sachenrecht genannt zu werden. Die Neueren brauchen dafür auch den Ausdruck »Jus rerum.«

II. Obligatoriſche Rechte.

Bei den Obligationen iſt der unmittelbare Gegenſtand des Rechtes nicht eine Sache, ſondern vielmehr eine einzelne Hand-

Digitized by Google

lung einer bestimmten Person, oder auch ein Aggregat einzelner Handlungen. Das Correlat eines solchen Rechtes aber besteht in der besondern Verpflichtung derjenigen bestimmten Person gerade, deren Handlung den Gegenstand des Rechtes ausmacht, nämlich in der Verpflichtung zur Leistung dieser Handlung. Die Handlung kann übrigens ebensowohl eine Handlung des Unterlassens sein, als eine solche, die eine positive Thätigkeit erfordert. Auch kann die Handlung eine Beziehung haben auf Sachen, es kann z. B. eine Sache gegeben werden sollen. Aber auch hier ist doch die Sache niemals der unmittelbare Gegenstand des Rechtes. Dieser ist immer nur die vorzunehmende Handlung, welche denn aber allerdings die Folge haben kann, daß an der Sache selbst ein Recht erworben wird. Das gegenseitige Verhältniß nun zwischen bestimmten Personen zu einander, vermöge dessen die eine von der andern eine gewisse Handlung fordern darf, die andere aber diese Handlung zu leisten verbunden ist, dieses gegenseitige Verhältniß nennen die Römer »Obligatio.« Und so hat jede Obligatio eine doppelte Seite: nach der einen Seite hin erscheint sie als ein Recht, und insofern nennen die Neueren sie eine active Obligation, nach der andern Seite hin erscheint sie als eine Verpflichtung, und insofern wird sie von den Neueren eine passive Obligation genannt. Auf das Active einer Obligatio bezieht sich denn der bei den Römischen Juristen so oft vorkommende Ausdruck »acquirere obligationem«; auf das Passive aber der eben so häufige Ausdruck »suscipere obligationem« und »liberari« oder auch »solvi obligatione.« Mit dieser Bedeutung von Obligatio darf nicht verwechselt werden die sehr viel seltnere, da der Ausdruck Obligatio sich auf die Verpfändung einer Sache bezieht, oder das Verpfändetsein derselben, oder auch das Recht des Pfandgläubigers. Oder gar der heutiges Tages im gemeinen Leben übliche, nur in ein Paar Constitutionen vorkommende Gebrauch, da eine Schuldverschreibung Obligatio heißt [1]). Derjenige nun, welcher in einem obligatorischen Verhältnisse der Berechtigte ist, heißt insofern Reus credendi,

1) Siehe pr. I. quib. alienare lic. II, 8. — L. 12. §. 12. D. d. captiv. XLIX, 15. Vgl. Hugo's Civil. Magaz. V. S. 114.

Digitized by Google

Creditor, Gläubiger; während der Verpflichtete Reus debendi, Debitor, Schuldner genannt wird. Das Recht aber desjenigen, der etwas von dem Andern zu fordern hat, heißt bei den Römern Jus obligationum, bei den Neueren Jus ad rem, in personam, personale, ein persönliches Recht, eine Forderung. Die Verpflichtung desjenigen, welcher auf den Grund eines obligatorischen Verhältnisses etwas leisten soll, nennt man eine obligatorische Verpflichtung. Soviel über den Begriff der Obligationen überhaupt.

Was aber die verschiedenen Arten der Obligationen betrifft, so theilen die Römer die Obligationen nicht nach dem Inhalte ein, nicht nach der Beschaffenheit der Handlung, welche geleistet werden soll, sondern sie sehen vielmehr auf den Grund, weshalb der Eine dem Andern verpflichtet ist. Und hierauf beruhet denn auch diejenige Eintheilung der Obligationen, nach welcher in der Folge die einzelnen obligatorischen Verhältnisse sollen dargestellt werden. Nämlich der Verpflichtungsgrund kann in einem Vertrage enthalten sein, vermittelst dessen der Eine sich gegen den Andern zu einer gewissen Leistung anheischig gemacht hat. Aber er kann auch in einem Vergehen liegen. Ich werde von demjenigen, welcher sich eines Vergehens gegen mich schuldig gemacht hat, bald Ersatz des angerichteten Schadens, bald die Leistung eines Strafgeldes, bald beides zugleich fordern können. Dann aber gibt es auch eine nicht unbedeutende Reihe von Fällen, in welchen Einer dem Andern obligatorisch verpflichtet ist, ohne daß er diese Verpflichtung mittelst eines Vertrages übernommen hätte, und ohne daß ihm ein Vergehen zur Last fiele. Diese Fälle pflegt man unter dem Namen vermischte Fälle zusammen zu fassen. — Den Inbegriff aller auf Obligationen sich beziehenden Bestimmungen nennt man die Lehre von den Obligationen oder das Obligationenrecht, desgleichen die Lehre von den Forderungen oder auch das Recht der Forderungen. Man bedient sich auch des Lateinischen Ausdrucks Jus obligationum, welcher allerdings passend, jedoch bei den Römern nicht üblich ist.

Digitized by Google

III. Gemeinsame Beziehung auf den Begriff des Vermögens.

Beiderlei Rechtsverhältnisse, die dinglichen Rechte und die Obligationen, kommen darin überein miteinander, als sie sich zu Gelde anschlagen lassen; insofern fallen sie beiderseits unter den Begriff des Vermögens. Vermögen: die Gesammtheit aller Rechtsverhältnisse eines Menschen, inwiefern sie sich in Geld schätzen lassen, dingliche Rechte, Forderungen, aber auch obligatorische Verpflichtungen, Schulden. Activ-Vermögen, Passiv-Vermögen. Reines Vermögen, auch wohl Vermögen schlechthin. Wie dingliche Rechte sich zu Gelde anschlagen lassen, das liegt am Tage — aber gleiche Veranschlagung lassen auch obligatorische Rechte zu, inwiefern nämlich der Vortheil, welcher dem Berechtigten aus der zu leistenden Handlung entspringt, sich auf Geld reduciren läßt. So z. B. Geben zu schätzen nach dem Werth dessen, was gegeben werden soll.

§. 127.

β. Von den Familienverhältnissen.

Dahin gehört vor Allem die Ehe, **Matrimonium, Nuptiae,** desgleichen das Verhältniß zwischen Aeltern und Kindern, insbesondere aber das Verhältniß des Vaters zu Kindern, die seiner väterlichen Gewalt, seiner **patria potestas** unterworfen sind. Nach Justinianischem Rechte ist ferner hierher zu rechnen das Verhältniß des Herrn zu dem seiner Gewalt unterworfenen Sclaven. Dies aber fällt heutiges Tages weg. Dagegen kennen wir allerdings das gleichfalls hierher gehörende Verhältniß der Vormundschaft, welche bekanntlich bald **Tutela,** bald **Curatela** heißt.

Alle diese Verhältnisse sind von der Art, daß sie keine Schätzung nach Gelde gestatten; sie haben Einfluß auf das Vermögen, aber sie selbst sind nicht mit begriffen in dem Vermögen. Schon dadurch unterscheiden sie sich von den Obligationen — aber auch noch in einer andern Beziehung: die Obligationen sind beschränkt auf einzelne Aeußerungen der Persönlichkeit, auf einzelne Hand-

2) So in **L. 7. C. d. non numerata pecun. IV, 30.** Vgl. Civilist. Magaz. **V, 116.**

lungen, die Einer von dem Andern zu fordern berechtigt, Einer dem Andern zu leisten verpflichtet ist. Dagegen nehmen die Familienverhältnisse mehr oder weniger die ganze Persönlichkeit in Anspruch. So ist in der Ehe das Verhältniß beider Theile zu einander ein Verhältniß der innigsten Gemeinschaft. So ist das Verhältniß des Sclaven zu seinem Herrn, des Kindes zu demjenigen, in dessen väterlicher Gewalt es steht, ein Verhältniß durchgängiger Unterordnung. So liegt der Vormundschaft im Allgemeinen der Begriff einer durchgreifenden Fürsorge des Einen für den Andern zum Grunde; häufig ergänzt der Vormund durch sein Hinzutreten die mangelhafte Handlungsfähigkeit des Pflegbefohlenen. Er theilt diesem gleichsam etwas von seiner eigenen Persönlichkeit mit, er erhöht dadurch die Persönlichkeit des Pflegbefohlenen zu einer rechtlichen Bedeutsamkeit, welche dieser an und für sich nicht hat.

Da nun der Hauptbegriff, von welchem man auf diesem ganzen Gebiete ausgeht, der der Ehe und des Verhältnisses zwischen Aeltern und Kindern ist — also der Begriff der Familie — und da ferner das Verhältniß des Vormundes zu seinem Pflegbefohlenen meist eine Affinität hat mit dem Verhältniß des Vaters zu seinen Kindern, so pflegt man alle hierher gehörenden Rechtsverhältnisse unter den Ausdruck Familienverhältnisse zusammenzufassen. Den Inbegriff nun der auf die Familienverhältnisse sich beziehenden rechtlichen Bestimmungen nennt man Familienrecht, Personenrecht, Jus personarum. Dieser letztere Ausdruck kommt auch bei den Römern vor; aber in einem andern Sinne.

Uebrigens habe ich vorhin schon bemerkt, daß die Familienverhältnisse, obschon nicht begriffen in dem Vermögen, dennoch Einfluß darauf haben. Dies nun hat einige Neueren veranlaßt, die Darstellung der Familienverhältnisse an sich zu trennen von der Darstellung ihres Einflusses auf das Vermögen. Den letztern handeln die Einen in dem Sachenrechte ab, die Andern theils in dem Sachenrechte, theils in dem Obligationenrechte. Auf diese Trennung beziehen sich denn auch die gelegentlich vorkommenden Ausdrücke: Reines Familienrecht und angewandtes Famili-

Digitized by Google

enrecht. Bei jenem denkt man bloß an die Familienverhältnisse selbst, bei diesem an ihren Einfluß auf das Vermögen. Die meisten Neueren verbinden aber beides mit einander in einer zusammenhängenden Darstellung, und diese Methode wird auch hier befolgt werden in dem für das Familienrecht bestimmten vierten Buche.

III. Gemeinschaft und Collision der Rechtsverhältnisse. (§. §. 128. 129.)

§. 128.

A. Gemeinschaft.

Es kann ein und dasselbe Recht, oder eine und dieselbe Verpflichtung *gleichzeitig* eine Beziehung haben auf mehre Individuen als solche — ich sage als solche, woraus sich ergibt, daß hier nicht etwa die Rede ist von Rechten oder Verbindlichkeiten, die einer **Universitas** zustehen oder obliegen. Etwas der Art kann auf dem Gebiete des Familienrechts bei der Vormundschaft vorkommen: Es kann nämlich die Vormundschaft über ein und denselben Pflegbefohlenen mehren Personen anvertraut sein. (§. 763.) Ferner läßt es sich denken, daß eine und dieselbe **Obligatio** sich gleichzeitig auf mehre Gläubiger oder auf mehre Schuldner bezieht; dies führt dann auf den Begriff der s. g. *Correalobligation*, welcher im Obligationenrecht (§. 372. folg.) wird erörtert werden. Endlich kann eine gleichzeitige Beziehung auf eine Pluralität von Subjecten auch bei dinglichen Rechten vorkommen. Und da macht es denn einen wesentlichen Unterschied, ob das Recht ein *theilbares* ist oder *nicht*.

Ist bei einem theilbaren Rechte der Gegenstand unter den Interessenten *reell* getheilt, so läßt sich überall gar nicht mehr von einem und demselben Rechte sprechen; wir haben dann soviel verschiedene Rechte, als Interessenten. Eine bloß *ideelle* Theilung des Gegenstandes wird aber nie eine vollständige Sonderung zur Folge haben. Freilich kann sich kein Einzelner unter den mehren Interessenten das ganze Recht beilegen, es hat eben jeder Einzelne nur einen Antheil daran — und jeder dieser An-

Digitized by Google

theile hat wieder sein besonderes Object. Aber in Ermangelung einer reellen Theilung läßt sich das jedem einzelnen Antheile entsprechende Object in der Erscheinung nicht nachweisen. Ein Verhältniß dieser Art nun ist es, was man vorzugsweise mit dem Namen **Communio**, **Gemeinschaft**, bezeichnet, und inwiefern es bei dem Eigenthum vorkommt, mit dem den Römern fremden Ausdruck **Condominium**, **Miteigenthum**. Eine Gemeinschaft dieser Art kann auf Vertrag beruhen, aber auch auf irgend einem andern Grunde. In diesem letztern Falle nennen die Neuern die Gemeinschaft eine **Communio incidens**. Ueberall nun, wo eine **Communio** in dem bezeichneten Sinne Statt findet, da kommen gewisse allgemeine Grundsätze zur Anwendung. Diese Grundsätze sind folgende:

1. Im Zweifel sind die Antheile der einzelnen Genossen einander gleich.

2. Jeder Einzelne kann über seinen Antheil an dem gemeinschaftlichen Rechte frei verfügen, namentlich kann er in der Regel seinen Antheil frei veräußern [1]). Willkühr in Hinsicht der Veräußerung fällt jedoch weg, wenn über die Aufhebung der Gemeinschaft bereits ein gerichtliches Verfahren eröffnet und in diesem lis contestirt ist: dann ist zur Gültigkeit der vorzunehmenden Veräußerung die Zustimmung der übrigen Theilnehmer erforderlich [2]).

3. Ueber das Ganze ist kein Einzelner für sich allein zu verfügen berechtigt. Daher haben einseitige juristische Verfügungen über das Ganze in Bezug auf die Genossen des Disponenten gar keine Geltung, sie sind hinsichtlich dieser null und nichtig [3]). Eine Ausnahme findet Statt bei solchen Verfügungen, die für die Uebrigen keinen Nachtheil mit sich führen [4]), oder zur Erhaltung des Gegenstandes nothwendig sind. Daher ist denn namentlich unter mehren Eigenthümern eines Gebäudes, jeder auch gegen

1) L. 1. C. communi divid. III, 37. L. 3. C. d. commun. rer. alienat. IV, 52. — L. 16. C. d. jure dotium. V, 12. — L. 12. C. d. donat. VIII, 54.

2) cit. L. 1. C. commun. div. III, 37.

3) L. 16. D. d. R. C. XII, 1. L. 68. pr. D. pro socio. XVII. 2. L. 4. C. d. commun. rer. alienat. IV, 52. — L. un. C. si commun. res pignori data sit. VIII, 21.

4) L. 13. §. 1. D. d. S. P. U. VIII, 2.

Digitized by Google

den Willen der Uebrigen die nothwendigen Reparaturen vorzunehmen befugt [5]). Eine fernere Ausnahme tritt in dem Falle ein, da der Fiscus mit Privatpersonen in einer Gemeinschaft des Eigenthums steht. Er ist befugt, für sich allein den Gegenstand des gemeinschaftlichen Eigenthums im Ganzen zu veräußern, und hat nur die Verpflichtung auf sich, an die Mitgenossen einen verhältnißmäßigen Theil des Kaufpreises abzugeben [6]).

4. Bei Verfügungen über das Ganze entscheidet selbst die Mehrzahl der Stimmen nichts. Soll der bisherige Zustand verändert werden, so müssen alle einverstanden sein, außerdem würde man hier, wo von keiner Universitas die Rede ist, consequenter Weise selbst schon einem Einzigen das Recht einräumen müssen, die Veränderung vorzunehmen, und dadurch die Uebrigen zu beeinträchtigen [7]). Ist nun aber hiernach zu Veränderungen, welche auf das Ganze Bezug haben, Einstimmung erforderlich, so folgt von selbst, daß schon der Widerspruch eines Einzigen genügt, die etwa beabsichtigten Veränderungen zu hindern [8]).

Abgesehen von den theilbaren dinglichen Rechten kann nun aber auch der Fall vorkommen, daß ein untheilbares dingliches Recht eine Beziehung hat auf eine Pluralität von Personen. Da hat jeder Einzelne nicht bloß einen Antheil an dem Rechte, sondern Jeder hat das Recht in seinem ganzen quantitativen Umfange. Es ist ganz eigentlich ein und dasselbe Recht, was sich auf eine Pluralität von Subjecten bezieht. Daher können Rechte dieser Art von Mehren nicht anders erworben werden, als gemeinschaftlich, und stehen sie einmal Mehren zu, so ist auch kein anderer Verlust möglich, als ein gemeinschaftlicher. Es gilt dies namentlich von der Mehrzahl der Servituten, indem die

5) L. 32. D. d. damno infecto. XXXIX, 2. L. 4. C. d. aedific. priv. VIII, 10.

6) L. un. C. d. vendit. rerum fiscal. cum privatis communium. X, 4.

7) In diesem Sinne argumentirt Ulpian in L. 10. pr. D. d. aqua et aquae pluv. arcend. XXXIX, 3. »Si autem plures sint ejusdem loci domini, unde aqua ducitur, omnium voluntatem esse sequendam non ambigitur: iniquum enim visum est, voluntatem unius ex modica forte portiuncula domini praejudicium sociis facere.«

8) Dies ist die Bedeutung des Satzes in c. 56. in VI. d. R. J. tit. ult. »In re communi potior est conditio prohibentis.« Beispiele der Anwendung enthalten L. 27. §. 1. D. d. S. P. U. VIII, 2. L. 11. D. si servit. vindicetur etc. VIII, 5.

Digitized by Google

Servituten, mit Ausnahme des Ususfructus als durchaus untheilbare Rechte angesehen werden. Das Nähere hierüber wird vorkommen im §. 289.

§. 129.

B. Collision.

Wir müssen hier ausgehen von dem Begriff der Concurrenz. Unter der Concurrenz eines Rechtsverhältnisses versteht man jedes Zusammentreffen von Rechten oder Verbindlichkeiten. Inwiefern dieses Zusammentreffen eine Vereinigung mehrer Rechte oder Verbindlichkeiten in einem und demselben Subjecte ist, insofern nennt man die Concurrenz eine subjective. Inwiefern aber das Zusammentreffen in der gemeinschaftlichen Beziehung mehrer Rechtsverhältnisse auf ein und dasselbe Object ist, insofern nennt man die Concurrenz eine objective. Dies über den Begriff der Concurrenz im Allgemeinen.

Eine eigenthümliche Art derselben aber ist die Collision. Mit diesem Ausdrucke nämlich bezeichnet man die Concurrenz alsdann, wenn die mehren concurrirenden Rechtsverhältnisse nicht neben einander bestehen, nicht neben einander geltend gemacht werden können. Diese Art der Concurrenz gerade ist es, die ein ganz besonderes juristisches Interesse darbietet. Wir wollen uns zunächst denken, daß die collidirenden Rechtsverhältnisse sich in einem und demselben Subjecte vereinigen. Hier kann möglicher Weise der Fall einer Wahl eintreten, z. B. es kauft Jemand eine Sache. Hinterdrein entdeckt er daran einen Fehler, der ihm verschwiegen ist. Hier kann er, dieses Fehlers halber, Herabsetzung des Kaufpreises verlangen; er kann aber auch auf gänzliche Aufhebung des Kaufes dringen. Nur beides zugleich kann er begreiflicher Weise nicht fordern; er muß wählen, sich für eins entscheiden. Ferner kann es sein, daß durch das eine der collidirenden Rechtsverhältnisse das andere aufgehoben wird, so daß fortan nur jenes noch besteht; oder es kann auch geschehen, daß die collidirenden Rechtsverhältnisse einander gegenseitig vernichten, dergestalt, daß fortan keines weiter besteht. In einem, wie in dem andern Falle pflegt man das Zusammentreffen, welches den

Digitized by Google

Grund der Aufhebung enthält, mit dem Ausdruck Confusio zu bezeichnen. Beide eben angedeutete Fälle bedürfen noch einiger Erläuterung.

Der erste Fall, da nur eins der collidirenden Rechtsverhältnisse aufhört, tritt in der Regel überall ein, wo das Eigenthumsrecht an einer Sache mit einem auf eben diese Sache sich beziehenden **Jus in re**, in einer und derselben Person vereinigt wird. Das **Jus in re** wird dadurch aufgehoben. Von dieser Aufhebung der **Jura in re** durch Confusion wird in der Folge noch öfter die Rede sein, wenn wir an die einzelnen **Jura in re** und deren Aufhebung kommen. Aber auch bei Obligationen kann etwas dieser Art vorkommen. So können Verbindlichkeiten, welche ursprünglich verschiedenen Personen oblagen, in einer und derselben Person vereinigt werden, und die Folge davon kann die sein, daß eine dieser Verbindlichkeiten aufhört und fortan nur noch die andere besteht. Das Nähere hierüber im §. 462.

Der zweite Fall, nämlich der Fall gegenseitiger Vernichtung, kommt vor, wenn die in einer Obligation enthaltene Forderung mit der in derselben Obligation enthaltenen Verbindlichkeit in Einem Subjecte zusammentrifft. Hier wird die Obligation ganz und gar aufgehoben. Es gibt nun keine Forderung und keine Verbindlichkeit mehr. So z. B. wenn der Schuldner Erbe wird seines Gläubigers. Das Nähere im §. 461. Soviel von der Vereinigung verschiedener Rechtsverhältnisse in einem und demselben Subjecte.

Nun aber wollen wir uns ferner denken, daß Rechte, welche verschiedenen Subjecten zustehen, mit einander collidiren. Hier gilt vor Allem die Regel: das seinem Ursprunge nach mehr besondere Recht geht dem mehr allgemeinen vor. Denn wie es in der unten angeführten Stelle [1]) heißt: auf dem ganzen Gebiete des Rechts behauptet die **Species** vor dem **Genus** den Vorzug. Läßt diese Unterscheidung sich nicht anwenden, so kommt es darauf an, ob etwa das eine Recht vor dem andern in den Gesetzen besonders begünstigt ist. Diesem begünstigten gebührt

1) L. 80. D. d. R. J. »In toto jure generi per speciem derogatur, et illud potissimum habetur, quod ad speciem directum est.«

Digitized by Google

dann natürlich der Vorzug. Hierher gehört, daß vermöge solcher besondern Begünstigungen gewisse Pfandrechte andern Pfandrechten schlechthin vorgehen. (§. §. 350—352.) Und eben so gibt es besonders privilegirte Forderungen. (§. §. 422. 423.) Bei Privilegien und bei Pfandrechten kommt auch die Zeit der Entstehung in Betracht: ceteris paribus, geht das ältere Privilegium, das ältere Pfandrecht dem jüngeren vor. (§. 124. §. 353.) Bei Forderungen dagegen gewährt die frühere Entstehung in der Regel keinen Vorzug. (§. 421.) In manchen Collisionsfällen entscheidet das Loos [2]). Z. B. wenn bei der Auseinandersetzung unter mehren Erben die Frage zur Sprache kommt, wem das Original gewisser Documente, die für sämmtliche Erben von Interesse sind, anvertraut werden soll. Hier können Gründe vorhanden sein, welche dem Einen vor dem Andern den Vorzug sichern; fehlt es aber an Gründen dieser Art, so entscheidet das Loos. Wo es nun aber an besondern Bestimmungsgründen fehlt, dem Rechte des Einen vor dem des Andern den Vorzug einzuräumen, da pflegt der am besten daran zu sein, der sich wirklich bereits in dem Besitze desjenigen befindet, was ihm seinem Rechte nach gebührt. Man pflegt dann zu sagen: **possidentis**, oder auch **occupantis melior est conditio.** Davon wird in der Folge mehr als Ein Beispiel vorkommen. Zuletzt muß ich noch bemerken: Gelegentlich geschieht es auch, daß die Collision mehrer gleich berechtigten Personen eine Theilung mit sich führt. So z. B. wenn in einem letzten Willen Mehren ein und derselbe Gegenstand hinterlassen ist [3]). Das Nähere gehört in das Erbrecht. So ferner: Wenn Mehre Forderungen haben an Einen und denselben, Forderungen, von denen keine vor der andern den Vorzug hat, der gemeinschaftliche Schuldner aber insolvent ist. (§. 421.)

2) L. 5. D. fam. hercisc. X, 2. Vgl. L. 13. L. 14. D. d. judic. V, 1. Ein Beispiel anderer Art siehe L. 3. pr. C. commun. de legat. VI, 43.

3) §. 8. I. d. legat. II, 20.

Digitized by Google

Erstes Buch.
Allgemeine Lehren.

Sechstes Kapitel.
Von der Sicherstellung, Verfolgung und Wiederherstellung der Rechte.

I. Von der Sicherstellung der Rechte.
(§. §. 130 - 132.)

§. 130.

A. Protestation und Reservation.

Die Protestation ist eine Erklärung, wodurch man sich gegen die möglichen Nachtheile eines Vorganges verwahrt. Sie kann sich beziehen auf eine eigene Handlung des Protestirenden. Es kann Jemand fürchten, daß man einer Handlung, die er vornimmt, eine seiner Absicht zuwiderlaufende nachtheilige Auslegung geben könnte, und gegen diese nun sich verwahren, indem er erklärt, daß jene Auslegung seiner Absicht widerstreiten würde [1]). Die Protestation kann sich aber auch beziehen auf die Handlung eines Andern, indem man erklärt, zu dieser seine Zustimmung nicht zu geben. Man fürchtet, daß außerdem diese Zustimmung vorausgesetzt werden würde, und daß daraus nachtheilige Folgen entstehen könnten. Diesen will man vorbeugen [2]).

1) Beispiele hievon enthalten: L. 14. §. 8. D. d. religios. XI, 7. L. 20. §. 1. D. d. A. vel O. H. XXIX, 2.

2) Ein Beispiel dieser Art enthält L. 16. D. d. SCto Macedon. XIV, 6.

Digitized by Google

Die Reservation ist nichts, als eine eigenthümliche Art der Protestation. Sie besteht in dem Vorbehalt unsers Rechts in einem Falle, wo die Meinung entstehen könnte, wir hätten demselben entsagt [3]).

§. 131.

B. Retentionsrecht.

Man versteht unter dem Retentionsrechte die Befugniß, eine Sache, welche man in Händen hat, und die man einem Andern zu leisten schuldig ist, diesem so lange vorzuenthalten, bis man von ihm wegen eines Gegenanspruches befriedigt ist. Es hat dieses Recht, ungeachtet es kein Pfandrecht ist, dennoch mit dem Pfandrechte eine gewisse Aehnlichkeit, weshalb es denn auch in den Quellen hin und wieder damit verglichen wird [1]). Was die Begründung desselben anbelangt, so kann es beruhen auf vertragsmäßiger Uebereinkunft, desgleichen auf testamentarischer Disposition; aber es gibt auch ein gesetzliches Retentionsrecht. In Beziehung auf das gesetzliche Retentionsrecht ist Folgendes zu bemerken:

1. Die Sache, woran es ausgeübt werden soll, wird häufig eine fremde sein. Aber auch an einer eigenen Sache kann ich ein Retentionsrecht ausüben. So z. B. wenn ich sie verkauft habe, und der Käufer Uebergabe derselben fordert — da werde ich mich dieser solange entziehen können, bis der Käufer seinerseits das Kaufpretium offerirt [2]).

2. Daß der Gegenanspruch ein klagbarer sei, ist nicht erforderlich; es reicht hin, daß er auf einer natürlichen Obligation beruhe [3]).

3. Dagegen ist allerdings erforderlich, daß der Gegenanspruch zu der zu retinirenden Sache in einer gewissen Beziehung stehe — er muß damit, wie wir das auszudrücken pflegen, conner

3) Einen Fall dieser Art siehe L. 4. §. 1. D. quib. mod. pign. XX, 6.

1) So in L. 13. §. 8. D. d. A. E. V. XIX, 1. L. 15. §. 2. D. d. furt. XLVII, 2.

2) cit. L. 13. §. 8. D. d. A. E. V.

3) L. 48. D. d. R. V. VI, 1. L. 51. D. d. cond. indeb. XII, 6. »Ex quibus causis retentionem quidem habemus, petitionem autem non habemus, ea si solverimus, repetere non possumus.«

Digitized by Google

sein, wie dies der Fall ist in dem vorhin angeführten Beispiele. Besonders häufig aber wird der Zusammenhang darauf beruhen, daß Jemand auf die dem Andern zu leistenden Sachen Kosten verwandt hat, deren Ersatz er verlangen kann [4]). Eine Ausnahme von diesem Erforderniß der Connexität kommt bei dem Pfandrechte vor. Der Pfandgläubiger kann unter gewissen Voraussetzungen das Pfand, selbst wegen nicht connexer Gegenansprüche, zurückhalten. Das Nähere hierüber in der Lehre vom Pfandrechte im §. 348. Nicht zu verwechseln mit dem Retentionsrechte ist die Compensation, d. h. die Aufhebung einer Forderung durch Gegenforderung. Davon im Obligationenrechte.

§. 132.

C. Cautionen *).

DIG. II, 8. Qui satisdare cogantur, vel jurato promittant, vel suae promissioni committantur. XLVI, 5. De stipulationibus praetoriis.

Cautio im allgemeinsten Sinne des Worts heißt jedes Mittel zur Abwendung eines zu besorgenden Nachtheils; in der engern, eigentlich technischen Bedeutung, die Sicherheit, welche Einer dem Andern in Bezug auf die Erfüllung einer Verbindlichkeit leistet, die entweder schon jetzt vorhanden ist, oder doch als eine künftig mögliche schon jetzt berücksichtigt wird. In dieser engern Bedeutung nun nehmen wir hier das Wort. Und da ist denn Folgendes zu bemerken:

Erstens. Schon im Begriffe liegt die Voraussetzung eines Anspruchs. Aber damit Einer zur Sicherheitsleistung angehalten werden könne, dazu ist der bloße Anspruch gegen ihn noch nicht hinreichend, sondern es muß, um ihn zur Sicherheitsleistung zu verpflichten, noch irgend etwas Anderes hinzukommen. Dieser Verpflichtungsgrund nun kann liegen in einer allgemeinen ge-

4) L. 27. §. 5. cit. L. 4ª. D. d. R. V. cit. L. 15. §. 2. D. d. furt. Beispiele anderer Art enthalten L. 26. §. 4 D. d. cond. indeb. L. 2. pr. D. d. lege Rhodia de jactu. XIV, 2. L. 1. D. quib. mod. pign. L. 7. §. 2. D. d. damn. infecto. XXXIX, 2.

*) In den Quellen haben wir allgemeinere Titel über diesen Gegenstand, aber auch solche, welche auf besondere Arten von Cautionen beschränkt sind. Im Text oben sind nur jene allgemeineren Titel angegeben.

Digitized by Google

ſetzlichen Beſtimmung, z. B. Cautio usufructuaria, Cautio damni infecti, Cautio legatorum nomine; ferner in einer beſondern obrigkeitlichen Verfügung. Eine ſolche ſetzt allerdings ebenfalls einen geſetzlichen Grund voraus, aber dieſer iſt von der Art, daß hinſichtlich der Entſcheidung darüber, ob im einzelnen Falle die Nothwendigkeit der Sicherheitsleiſtung eintrete oder nicht, dem obrigkeitlichen Arbitrium ein gewiſſer Spielraum gelaſſen iſt. Der Verpflichtungsgrund kann endlich liegen in einem Act der Privatwillkür. So kann z. B. vertragsmäßig Sicherheitsleiſtung eigens ausbedungen ſein.

Zweitens. Was die Art und Weiſe belangt, wie die Sicherheit beſtellt wird, ſo unterſcheiden wir in dieſer Beziehung viererlei Arten von Cautionen.

1. Caution mittelſt einer nuda promissio, nuda repromissio, Vorſtand, Sicherheit durch bloßes Angelöbniß. Bei den Neuern iſt die Lateiniſche Benennung: Cautio promissoria oder nude promissoria. Wozu kann eine ſolche Sicherheit dienen? Nehmen wir an, daß eine Verbindlichkeit vorhanden iſt, die ohnedies ſchon das Recht einer Klage gibt, ſo iſt allerdings mit dem bloßen Verſprechen, dieſer Verbindlichkeit nachkommen zu wollen, nichts gewonnen. Wohl aber dann, wenn erſt durch das Verſprechen die Verbindlichkeit zu einer klagbaren wird. Dahin gehört z. B. die Cautio damni infecti, die eben deshalb auch da, wo ſie durch nuda repromissio geleiſtet wird, Vortheil gewährt. Nach Römiſchem Rechte wird eine Sicherheit dieſer Art immer in der Form der Stipulation geleiſtet.

2. Juratoria, adjuratoria cautio [1]), eidliche Sicherheitsleiſtung: ein Verſprechen mit eidlicher Beſtärkung, ſchon bei den Römern nicht deshalb, weil äußerlich dadurch das Verſprechen wirkſamer geworden wäre, ſondern wegen der Vorausſetzung, daß der Verſprechende in ſeinem Gewiſſen ſich für mehr gebunden achten werde.

3. Die ſ. g. Cautio fidejussoria, die Satisdatio, wie die Römer ſich ausdrücken, Sicherheitsleiſtung durch Bürgen. Hier

1) Der Ausdruck iſt Römiſch: er kommt vor in §. 2. I. d. satisdat. IV, 11.

Digitized by Google

also machen andere Personen, außer dem Verpflichteten, sich anheischig, für die Erfüllung der Verbindlichkeit, von welcher die Rede ist, einzustehen: satisdare, cavere datis fidejussoribus; satis accipere.

4. Die s. g. Cautio pignoratitia, Sicherheitsleistung durch Unterpfand, also durch Bestellung eines Pfandrechts, Faustpfands oder Hypothek, von dem Verpflichteten selbst oder von einem Dritten.

Drittens. Es fragt sich, wenn die Verpflichtung zur Sicherheitsleistung gewiß ist, welche Art von Sicherheit ist es, die in jedem einzelnen Falle geleistet werden muß? In der Regel wird darüber eine besondere und ausdrückliche Bestimmung vorhanden sein. Unter denjenigen Cautionen, die nicht auf einem Act der Privatwillkür beruhen, sind die meisten — Satisdationen. Dies ist nach Römischem Recht in der Regel namentlich der Fall mit den prätorischen Cautionen [2]). Indessen auch da, wo nach allgemeinen Grundsätzen Sicherheit durch Bürgen geleistet werden muß, sind doch gewisse Personen von der Nothwendigkeit frei, gerade in dieser Art Sicherheit zu bestellen. So leistet der Fiscus Sicherheit durch bloße Repromissio, wo Andere Bürgen stellen [3]). Unrichtig aber ist es, wenn Einige meinen, der Fiscus brauche überhaupt nie irgend eine Art von Sicherheit zu stellen. Die Stelle [4]), auf welche man sich beruft, spricht nicht von Cautionen überhaupt, sondern nur von derjenigen Cautio, welche Legatare wegen Herausgabe des etwa zuviel Erhaltenen leisten müssen; diese Cautio wird dem Fiscus ganz erlassen. Auch städtischen Gemeinheiten pflegt man das Vorrecht beizulegen, statt durch Bürgen, durch bloße Repromissio Sicherheit leisten zu dürfen. Die dafür angeführte Stelle [5]) spricht indessen wieder nicht allgemein, sondern nur von der Cautio, zu welcher die mit Vermächtnissen Belasteten den

2) L. 1. §. 5. D. d. stipul. praetor. L. 7. D. eod.

3) L. 1. §. 18. D. ut legator. s. fideicommissor. XXXVI, 3.

4) Nämlich L. 3. §. 5. D si cui plus, quam per legem Falcidiam licuerit, legatum esse dicetur. XXXV, 3.

5) L. 6. §. 1. D. ut legatorum seu fideicommissorum servandorum causa caveatur. XXXVI, 3.

Digitized by Google

Legatarien verbunden sind. Ferner gehört hierher, daß die Besitzer unbeweglicher Güter, da, wo im Proceß von Andern eine Satisdatio gefordert wird, keinen Bürgen zu stellen brauchen [6]). Heutiges Tages wird im Proceß von denjenigen, die im Bezirke des Gerichts, vor welchem der Proceß geführt wird, mit liegenden Gründen angesessen sind, überall gar keine Sicherheitsleistung gefordert. Auch pflegt man bei processualischen Cautionen dem, welcher caviren soll, zwischen Bürgschaft und Sicherheitsleistung durch Pfand die Wahl zu lassen [7]). — Am seltensten kommt in den Gesetzen die juratorische Caution vor. Außer einigen Fällen, wo das Römische Recht im Processe statt der Stellung von Bürgen eidliche Sicherheitsleistung vorschreibt [8]), wird in andern demjenigen, der keinen Bürgen zu stellen vermag, gestattet, statt dessen eidliche Sicherheit zu leisten [9]). Endlich wird eidliche Sicherheit neben noch anderweitigen Sicherheitsleistungen gefordert in dem Falle, da Jemand in einem letzten Willen etwas hinterlassen ist unter der Bedingung, sich nicht wieder zu verheirathen [10]).

Das Bisherige bezog sich auf die Voraussetzung einer vorhandenen besondern ausdrücklichen Bestimmung über die Art der zu leistenden Sicherheit. Wie nun aber, wenn es an einer solchen Bestimmung fehlt? Ist wenigstens soviel bestimmt, daß eine idonea cautio, also daß genügende Sicherheit geleistet werden soll, so muß die Sicherstellung durch Bürgen oder Pfand bewerkstelligt werden [11]). Dagegen, wo nicht einmal das gesagt ist, daß die Cautio idonea sein solle — da muß der, welcher Caution zu fordern berechtigt ist, mit einer nuda promissio zufrieden sein. Ich verweise auf die unten angeführte Stelle [12]), über die ich jedoch Folgendes bemerken muß: Sie spricht eigent-

6) L. 15. pr. D. h. t. »Sciendum est, possessores rerum immobilium satisdare non compelli.«

7) Siehe Glück, III. S. 449. folg.

8) L. 26. §. 6. C. d. episcopali audient. 1, 4. L. 4. §. 1. C. d. sportul. III, 3.

9) Nov. 112. c. 2. pr. Nov. 134. c. 9.

10) Das Nähere enthält Nov. 22. c. 44.

11) L. 59. §. ult. D. mandati. XVII, 1. L. 4. §. 8. D. d. fideicomm. libertat. XL, 5. » — — Ergo cavendum est idonee. Quid est idonee? satisdato utique, aut pignoribus datis.« —

12) L 3. C. d. verbor. et rerum significat. VI, 38.

Digitized by Google

lich nur von dem Falle, wo in einem letzten Willen eine Cautio vorgeschrieben ist; der ganze Titel, in dem sie steht, betrifft gerade die Interpretation letztwilliger Dispositionen — indessen man pflegt die Stelle allgemein zu nehmen. Soviel darüber, welche Art von Sicherheit jedesmal zu leisten sei.

Viertens. Wird die zu leistende Sicherheit in der Folge der Zeit unzureichend, wie z. B. wenn die gestellten Bürgen verarmen, so kann neue Sicherheitsleistung gefordert werden [13]).

Fünftens. Es versteht sich, daß, wenn der Anspruch erlischt, wegen dessen die Sicherheit gestellt ist, nun auch die Cautio ihre Wirksamkeit verliert.

Zum Beschluß muß ich noch einer anderweitigen speciellen Bedeutung von Cautio erwähnen, die jedoch keine eigentlich technische ist. Nämlich sehr häufig kommt in unsern Quellen der Ausdruck Cautio vor, um eine Handschrift zu bezeichnen, mittelst welcher Jemand entweder eine Verbindlichkeit anerkennt, oder eine empfangene Zahlung bescheinigt. Im letzten Falle ist dann also Cautio soviel als Apocha, Quittung.

III. Von der Verfolgung der Rechte. (§. §. 133–176.)

A. Einleitung.

§. 133.

a. Hülfe durch Eigenmacht.

I. Selbstvertheidigung.

Bei dieser geht man nur abwehrend zu Werke; der Zweck ist darauf beschränkt, eine Gewaltthätigkeit, die gegen uns ausgeübt wird, zurückzuweisen. Sie ist erlaubt, selbst inwieweit sie mit Anwendung eigner Gewalt verbunden ist. Nur darf nicht mehr Gewalt angewandt werden, als zur Abwendung des Angriffes erforderlich ist; und wo kein unwiederbringlicher Verlust

13) L. 8. §. 3. D. h. t. »Si fidejussor — — stipulatori heres exstiterit, aut stipulator fidejussori, ex integro cavendum erit.« L. 10. §. 1. D. eod. »Quodsi medio tempore calamitas fidejussoribus insignis, vel magna inopia acciderit, causa cognita ex integro satisdandum erit.« L. 4. D. ut in possess. legator. XXXVI, 4. L. 4. D. d. stipul. praetor. »Praetoriae stipulationes saepius interponuntur, quum sine culpa stipulatoris cautum esse desiit.«

Digitized by Google

zu besorgen steht, darf überhaupt ein gewisser Grad gewaltsamer Abwehr nicht überschritten werden. Hält sich die Selbstvertheidigung innerhalb dieser Grenzen, so wird sie genannt: **Nothwehr, inculpata tutela, inculpatae tutelae moderatio** [1]).

II. Selbsthülfe.

Bei dieser geht man angreifend zu Werke ohne gegenwärtige Gewaltthätigkeit von der andern Seite. Besteht die Selbsthülfe in der eigenmächtigen Züchtigung desjenigen, der uns beleidigt hat, so wird sie Selbstrache, außerdem Selbsthülfe im engern Sinne genannt. Die eine, wie die andre, ist der Regel nach unerlaubt [2]); wer sich dieselbe zu Schulden kommen läßt, wird, nach Verschiedenheit der Umstände bald nur mit einer Privatstrafe, bald mit einer öffentlichen Strafe belegt. Hier können uns bloß die privatrechtlichen Folgen der Selbsthülfe interessiren, und da finden wir denn, was die Selbsthülfe im engern Sinne anbelangt, im Römischen Rechte folgende Bestimmungen:

1. Nach einem Decret des **M. Aurelius** [3]), welches man gewöhnlich nur schlechthin das **Decretum divi Marci** nennt, soll der Gläubiger, welcher sich eigenmächtig in den Besitz desjenigen setzt, was er zu fordern hat, nicht nur das in Besitz Genommene herausgeben, sondern überdies zum Vortheil des Schuldners seine

1) L. 3. D. d. J. et J. I, 1. »— — Nam jure hoc (scil. gentium) evenit, ut quod quisque ob tutelam corporis sui fecerit, jure fecisse existimetur, — —.« Beispiele zu diesem Satze, so wie die durch den Begriff der Vertheidigung gegebenen Beschränkungen siehe L. 4. L. 5. pr. L. 29. §. 1. L. 45. §. 4. D. ad leg. Aquil. IX, 2. L. 1. §. 27. L. 3. §. 9. D. d. vi et de vi armata. XLIII, 16. L. 1. C. unde vi. VIII, 4. L. 3. L. 4. C. ad leg. Cornel. d. sicar. IX, 16.

2) Siehe u. A. L. 9. C. d. O. et A. IV, 10.

3) L. 12. §. 2. L. 13. D. quod metus c. gest. er. IV, 2. L. 7. D. ad leg. Jul. d. vi priv. XLVIII, 7. »Creditores si adversus debitores suos agant, per judicem id, quod deberi sibi putant, reposcere debent; alioquin si in rem debitoris sui intraverint, nullo id concedente, divus Marcus decrevit, jus crediti eos non habere. Verba decreti haec sunt: Optimum est, ut si quas putes te habere petitiones actionibus experiaris; —. Et quum Marcianus diceret: vim nullam feci, Caesar dixit: Tu vim putas esse solum, si homines vulnerentur? Vis est et tunc, quoties quis id, quod deberi sibi putat, non per judicem reposcit. — — Quisquis igitur probatus mihi fuerit rem ullam debitoris non ab ipso sibi traditam sine ullo judice temere possidere, eumque jus sibi in eam rem dixisse, jus crediti non habebit.«

Digitized by Google

Forderung verlieren. Wer sich in Bezug auf eine bloß vermeintliche Forderung eigenmächtig Befriedigung verschafft hat, muß natürlich das in Besitz Genommene ebenfalls herausgeben; gestraft aber wird er nach einer Verordnung von Justinian [4]) dadurch, daß er seinem Gegner außerdem noch den Werth des Genommenen zahlen muß.

2. Wer sein wirkliches oder vermeintliches Eigenthumsrecht an einer Sache dadurch geltend macht, daß er diese Sache dem Inhaber eigenmächtig wegnimmt, muß die Sache wiederherausgeben und wird überdieß gestraft: Ist er wirklicher Eigenthümer, so verliert er sein Eigenthumsrecht; ist er nur vermeintlicher Eigenthümer, so muß er an den früheren Inhaber den Werth der Sache zahlen. Dieses Alles beruht auf einer Constitution von Theodosius dem Großen [5]).

Die hier angeführten Bestimmungen des Römischen Rechts sind auch in das Canonische Recht und in die Reichsgesetze übergegangen [6]). In Praxi pflegt jedoch den erwähnten Römischen Strafen anderweitige Geld- oder Gefängnißstrafe substituirt zu werden.

Ich sagte vorhin, die Selbsthülfe ist in der Regel unerlaubt. Zu den Ausnahmen gehört unter andern der Fall: Wenn der Schuldner auf der Flucht begriffen ist, so wird es dem Gläubiger gestattet, ihm dasjenige, was er an ihn zu fordern hat, eigenmächtig abzunehmen [7]).

b. Richterliche Hülfe.

Im Allgemeinen kann man allerdings sagen, das Formelle des gerichtlichen Verfahrens gehört in das Proceßrecht, das Materielle aber gehört in das Privatrecht. Indessen streng läßt sich die Sonderung des Formellen von dem Materiellen dennoch nicht durchführen, da beides in einer gewissen Wechselbeziehung zu einander steht. Und so wird denn auch in der gegen-

4) Nov. 60. c. 1.
5) L. 7. C. unde vi. VIII, 4. §. 1. I. vi bonor. raptor. IV, 2.
6) c. 18. in VI. d. praebend. et dignitat. III, 4. Cammerger. Ordn. v. 1521. Tit. 32. §. 2. R. A. zu Regensburg v. 1532. Tit. 3. §. 15.
7) Diese Ausnahme ist enthalten in L. 10. §. 16. D. quae in fraud. creditor. XLII, 8.

Digitized by Google

wärtigen Darstellung die Rücksicht auf das Formelle sich nicht ganz und gar bei Seite setzen lassen. In die Einleitung nun gehört natürlicher Weise nur das Allgemeinere. Das Einzelne wird später vom §. 136. an erörtert werden. Was aber das Allgemeine betrifft; so will ich vor Allem im §. 134. einen kurzen Abriß des heutigen processualischen Verfahrens geben.

§. 134.

a. Abriß des heutigen processualischen Verfahrens.

Soll irgend ein Rechtsstreit durch richterliche Vermittelung beigelegt werden, so muß die richterliche Hülfe angerufen, es muß Klage erhoben, es muß eine **Actio** angestellt werden. Dieses kann nach Umständen entweder mittelst einer Erklärung zu Protocoll, oder mittelst Einreichung einer Klagschrift geschehen. In der Regel wird nun aber auf dieses einseitige Anbringen des Klägers, des **Actor**, der Rechtsstreit noch nicht entschieden werden können, der Richter wird auch den Gegner, den Beklagten, den **Reus**, hören müssen. Diesem muß also Gelegenheit gegeben werden, sich seinerseits über den Gegenstand des Rechtsstreits vernehmen zu lassen. Und dies geschieht denn in der Regel auf die Weise, daß der Richter nach angebrachter Klage an den Beklagten eine Ladung, eine **Citatio** erläßt, mittelst deren er ihn unter Mittheilung der Klage auffordert, sich über dieselbe zu erklären. Diese Beantwortung der Klage kann dann entweder in einer mündlichen Erklärung zu Protocoll bestehen, oder dem Gerichte schriftlich übergeben werden. Man nennt sie die Vernehmlassung des Beklagten, desgleichen die exceptivische Nothdurft, oder auch Exceptionalhandlung.

Diese letzten Benennungen beziehen sich auf die Möglichkeit, daß die Antwort des Beklagten Exceptionen enthalte. Nämlich den Hauptbestandtheil der Vernehmlassung bildet die Erklärung des Beklagten über die Wahrheit oder Unwahrheit der Thatsachen, auf welche der Kläger sein Recht gründet. Diese Erklärung ist es, welche man heutiges Tages Litiscontestation nennt, desgleichen Einlassung auf die Klage. Außer dieser kann nun aber die Vernehmlassung auch Exceptionen, Ein-

Digitized by Google

reden enthalten, d. h. der Beklagte kann sich auf Umstände berufen, die, wie gegründet auch an sich genommen das Recht des Klägers sein mag, dennoch geeignet sind, die Wirksamkeit der Klage mehr oder weniger zu hemmen. Endlich kann nun aber möglicher Weise die Beantwortung der Klage auch verbunden sein mit einer Widerklage, mit einer Reconventio. Der Beklagte nämlich, wenn er aus irgend einem Grunde seinerseits eine Klage gegen den Kläger hat, kann den Umstand, daß der Gegner wider ihn klagt, dazu benutzen, auch seine Klage anzubringen, die denn eben deshalb, weil sie gegen den gerichtet wird, der zunächst als Kläger aufgetreten ist, Widerklage genannt wird. Dann ist der Kläger genöthigt, in demselben Gerichte, in welchem er klagbar geworden ist, dem Beklagten Rede zu stehen, und unter gewissen Voraussetzungen kann es sogar geschehen, daß beide Klagen gleichzeitig verhandelt werden. Also es ist möglich, daß die Exceptionshandlung des Beklagten zugleich eine Widerklage enthält. Indessen da das immer nur als Ausnahme anzusehen ist, so werde ich bei der Darstellung des ferneren Verfahrens darauf weiter keine Rücksicht nehmen.

Wie nun auf diese Weise der Beklagte gehört wird über die Klage, so wird ferner dem Kläger gestattet, sich über die Antwort des Beklagten vernehmen zu lassen. Freilich, wenn der Beklagte die Behauptungen des Klägers ohne Weiteres zugegeben hat — dann kann die richterliche Entscheidung sofort erfolgen und es bedarf keines ferneren Verfahrens unter den Partheien. Außerdem aber muß nunmehr der Kläger über die Antwort des Beklagten gehört werden. Diese Erklärung des Klägers über die Exceptionshandlung des Beklagten ist es, die man heutiges Tages im weiteren Sinne des Worts Replik nennt. Ein Hauptpunkt dabei ist der, daß der Kläger sich über die Einreden des Beklagten erkläre. In dieser Hinsicht ist der Kläger als Beklagter zu betrachten. Und so wird er denn nun auch einen zweifachen Weg der Vertheidigung vor sich sehen. Er wird das von dem Beklagten behauptete Verhältniß in Abrede stellen können, er wird aber auch, indem er es zugiebt, oder auf sich beruhen läßt, seinerseits sich auf irgend einen Umstand berufen können, der auf eine ähn-

Digitized by Google

liche Weise der Einrede in den Weg tritt, wie diese der Klage, so daß also eben dadurch die Wirkung der Einrede auf die Klage aufgehoben wird. Eine solche Einrede des Klägers gegen eine Einrede des Beklagten ist es, welche man im engern Sinne des Worts Replik nennt, **Replicatio**.

Auf die Replik antwortet der Beklagte in der Duplik. So nämlich bezeichnet man heutiges Tages die ganze Antwort, welche auf die Replik erfolgt. In dieser kommt es nun wieder ganz besonders darauf an, daß der Beklagte sich über die etwaigen Gegeneinreden, über die **Replicatio** des Klägers erkläre. Und bedient er sich gegen diese einer Einrede, so nennt man eine solche Gegeneinrede wider eine **Replicatio** eine Duplik im engern Sinne, **Duplicatio**.

Mit der Duplik wird in der Regel das Verfahren unter den Partheien geschlossen, **Causae conclusio**. Indessen kann es gelegentlich zur Triplik und Quadruplik kommen. Ist nun aber das Verfahren geschlossen, so kommt es darauf an, ob der Richter die Sache für eine endliche Entscheidung reif findet, oder ob etwa noch Zweifel obwaltet in Hinsicht gewisser factischer Umstände, deren Existenz oder Nichtexistenz erst ausgemittelt sein muß, ehe eine Entscheidung erfolgen kann. Ist dieses der Fall, so hat der Richter zunächst auf Beweis zu erkennen, also ein Urtheil zu sprechen, in welchem er dem einen oder dem andern Theile aufgibt, gewisse Thatumstände zu erweisen. Wem jedes Mal die Last des Beweises aufzuerlegen sei, darüber gibt es gewisse allgemeine Grundsätze, welche in der Folge werden entwickelt werden. Ist nun aber einer der Partheien der Beweis auferlegt, so steht es der andern frei, den Gegenbeweis zu versuchen, um durch diesen den Beweis zu entkräften. Im Lateinischen bezeichnen die Neueren Beweis und Gegenbeweis durch die Ausdrücke **Probatio** und **Reprobatio**.

Nach beendigter Beweisführung wird nun ein entscheidendes Urtheil, ein Endurtheil, **Sententia definitiva** möglich sein. In diesem spricht der Richter entweder gegen den Beklagten, **Sententia condemnatoria**, oder für ihn, **Sententia absolutoria**. So lange ein solches Urtheil noch angefochten werden kann, da-

Digitized by Google

durch z. B., daß man appellirt, so lange hat das Urtheil noch keine wirklich entscheidende Kraft. Sobald aber die Möglichkeit der Anfechtung im ordentlichen Wege Rechtens wegfällt, so wird das Urtheil rechtskräftig, und nun sind die Partheien dasselbe anzuerkennen schuldig. Die nähere Angabe der Bedingungen sowohl als der Wirkungen eines rechtskräftigen Erkenntnisses behalte ich mir für die Folge vor. Hier kam es nur darauf an, einen allgemeinen Ueberblick über die wichtigsten Acte des heutigen gerichtlichen Verfahrens zu gewähren.

§. 135.

β. Ueber einige Eigenthümlichkeiten des Römischen Processes, insbesondere des ältern.

Was ich hier werde anzuführen haben, bezieht sich meist auf das ältere Römische Recht. Aber man muß es nothwendig wissen, indem Manches, was in der Folge zu erklären sein wird, sich außerdem nicht erklären läßt. Und in den Quellen kann man sich gar nicht zurecht finden, wenn man nicht wenigstens einige Kenntniß von dem ältern Proceßgange hat.

Zuerst ist Einiges zu bemerken über das processualische Verfahren im Allgemeinen. Sodann wird

zweitens noch auf gewisse processualische Handlungen insbesondere Rücksicht zu nehmen sein.

Im ältesten Rechte gab es ganz eigenthümliche Formen des processualischen Verfahrens unter dem Namen der **Legis actiones** [1]). Diese wurden nun aber schon vor einer verhältnißmäßig ziemlich frühen Zeit abgeschafft, und seitdem war bis um das Ende des dritten Jahrhunderts nach Christus die Regel des gerichtlichen Verfahrens in privatrechtlichen Streitigkeiten folgende: Vor dem **Magistratus**, d. h. vor demjenigen selbst, welchem die Ausübung der Gerichtsbarkeit von Staatswegen übertragen war, also in Rom vor dem Prätor, in der Provinz vor dem Präses derselben — vor diesem wurden nur die ersten einleitenden Handlungen vorgenommen. War nun aber durch diese der

1) Gaj. IV. §. §. 11-29.

Digitized by Google

eigentliche Streitpunkt, im Wesentlichen wenigstens, festgestellt, so verwies der Magistratus die Sache zum Behuf der weitern Untersuchung und der endlichen Entscheidung an andere Personen, welche selbst keine Gerichtsbarkeit hatten, sondern nur dadurch das Recht der Untersuchung und Entscheidung eines Rechtsstreits erhielten, daß sie von dem Magistratus damit beauftragt wurden. Diese Personen nannte man Judices. Bisweilen wurde eine Mehrzahl von Judices ernannt; der häufigere Fall aber war der, daß der Magistratus nur Einen Judex ernannte, weshalb ich denn fortan auch immer nur im Singular sprechen werde. Der Judex nun erhielt von dem Magistratus eine Instruction, Formula genannt, in welcher die Voraussetzung angegeben war, unter welcher er so oder anders erkennen sollte. Durch diese Formula wurden dem Judex die Hände bald mehr bald weniger gebunden, ein Umstand, auf den ich im §. 142. zurückkommen werde.

Auf dieser Art des Verfahrens in Beziehung auf die Entscheidung der Sache, beruhete nun auch die Art und Weise, wie der Kläger seine Klage anbrachte. Nämlich er bat den Magistratus einen Judex zu bestellen mit der und der Formula. Wogegen der Beklagte, wenn er Exceptionen vorzubringen hatte, den Magistratus ersuchte, da, wo es der Erwähnung der Exception in der Formula bedurfte, diese darin mit aufzunehmen [2]).

Dies nun war nach älterem Recht das regelmäßige Verfahren, Ordo judiciorum. Man nannte es auch das Verfahren per formulas. Nun aber gab es auch Fälle, in denen ausnahmsweise der Magistratus allein handelte, in denen er den Rechtsstreit nicht bloß einleitete, sondern unmittelbar selbst entschied und wobei denn eben deshalb keine Formulae vorkamen. Eine Verhandlung dieser Art bezeichnete man mit dem Ausdruck extraordinaria cognitio [3]).

So verhielt sich die Sache nach älterem Römischen Rechte.

2) Wegen des hier Gesagten verweise ich auf Gaj. IV. §. 30. §. 39. et seq. §. 119.

3) Darauf bezieht sich die Ueberschrift des Tit. Dig. L, 13. De extraordinariis cognitionibus etc.

Digitized by Google

Seit den Zeiten des Diocletian aber verschwand allmälig der ältere Ordo judiciorum; die Judicia wurden nun insgesammt extraordinaria judicia. Judices im älteren Sinne des Worts kamen nun überall nicht mehr vor [4]). Allerdings wird der Name Judex auch in späterer Zeit sehr häufig gebraucht, aber in einer andern Bedeutung; man nannte nun Judices die vom Kaiser angestellten, in die Stelle der Magistratus populi Romani getretenen Richter. Den Ausdruck Magistratus brauchte man mehrentheils nur noch von den Municipalobrigkeiten [5]). Nichtsdestoweniger sind die Justinianischen Rechtsbücher reich an Spuren des älteren Verfahrens, an Beziehungen darauf, namentlich an Beziehungen auf den Gebrauch der Formeln. Dies Letztere hängt ohne Zweifel damit zusammen, daß man auch, nachdem der alte Ordo judiciorum abgeschafft, und also keine Nothwendigkeit mehr vorhanden war, die ältern Formeln zu berücksichtigen, dies dennoch zu thun pflegte. Uebrigens gibt es auch im Justinianischen Rechte einen Unterschied zwischen dem regelmäßigen, ordentlichen und dem außerordentlichen Verfahren; aber der Unterschied bezieht sich nicht mehr auf die Personen, von welchen die Entscheidung ausgeht, sondern das Eigenthümliche des außerordentlichen Verfahrens besteht darin, daß in demselben manche Förmlichkeit des ordentlichen Verfahrens bei Seite gesetzt und die Verhandlung beschleunigt wird [6]).

Als eigenthümliche Acte des processualischen Verfahrens sind nun noch insbesondere zu berücksichtigen:

A. In jus vocatio.

Nach älterem Römischen Rechte pflegte dem Beklagten die Gelegenheit, sich vernehmen zu lassen, dadurch gegeben zu werden, daß der Kläger selbst ihn aufforderte, sich mit ihm vor den Magistratus zu begeben; eine Aufforderung, welcher derjenige, an den sie erging, in der Regel Folge leisten mußte. Dieses

4) Hierauf beziehen sich L. 2. L. 5. C. De pedaneis judicibus. III, 3. pr. I. d. successionib. sublat. etc. III, 12. (13.) §. ult. I. d. interdict. IV, 15.

5) Ueber diese Verhältnisse ist zu vergleichen: Bethmann-Hollweg Gerichtsverfassung und Proceß des sinkenden Römischen Reichs. S. 42. folg. (Handbuch des Civilprocesses. Bd. I.)

6) Vgl. Hefftter, Institutionen des Civilproc. S. 408. folg.

Digitized by Google

Auffordern von Seiten des Klägers hieß in jus vocare, und damit hob der ganze Proceß an. Die in jus vocatio ging der Anbringung der Klage vorauf. Anders nach Justinianischem Rechte. Da beginnt der Proceß mit Einreichung der Klagschrift. Den Ausdruck in jus vocare finden wir auch noch in den Justinianischen Rechtsquellen; wir haben einige Titel mit der Ueberschrift de in jus vocando [7]), aber der Ausdruck hat für das Justinianische Recht eine andere Bedeutung; er bezieht sich auf die durch den Richter vermittelte, vom Kläger bloß veranlaßte Vorladung [8]).

B. Litis contestatio.

Nach dem alten Ordo judiciorum setzte die Litiscontestation voraus, daß der Magistratus diejenigen Anordnungen bereits getroffen habe, welche zum Behuf der weitern Verhandlung vor dem Judex erforderlich waren. Die Litiscontestation selbst aber bestand in einer feierlichen processualischen Handlung, bei welcher beide streitende Theile sich thätig erwiesen, und außerdem noch Zeugen zugezogen wurden. Indessen, in welcher Art die Parteien thätig waren, was sie eigentlich vornahmen, darüber haben wir keine Gewißheit [9]). Im neueren Römischen Rechte steht die Litiscontestation natürlich außer aller Beziehung zu dem Gegensatz zwischen Magistratus und Judex. Auch ist keine Rede mehr von der Zuziehung von Zeugen. Aber auch nach neuerem Römischen Rechte ist die Litiscontestation doch immer noch eine zweiseitige Handlung. Nämlich, eine recht bestimmte Auskunft über die neuere Form der Litiscontestation finden wir in den Quellen allerdings nicht. Es läßt sich indessen doch nicht wohl bezweifeln, daß die Litiscontestation jetzt in den gegenseitigen Erklärungen bestand, welche Kläger und Beklagter vor dem Richter, in dem ersten zur Verhandlung der Sache angesetzten Termine über den Gegenstand ihres Streites abgaben [10]). — In Bezug auf den Rö-

7) Tituli Dig. II, 4. Cod. II, 2. De in jus vocando.

8) Siehe Bethmann-Hollweg a. a. O. §. 22.

9) Das Wahrscheinliche ist, daß sie die Zeugen aufforderten, über den vorgenommenen Act dereinst Zeugniß abzulegen. Gerade diese an die Zeugen gerichtete Aufforderung hat der ganzen Handlung den Namen gegeben. Vgl. Keller üb. Litiscontestation und Urtheil. §. 1.

10) Ich verweise deshalb auf L. 14. §. 1. C. d. judiciis. III, 1. Conf.

mischen Sprachgebrauch ist noch Folgendes zu bemerken: Der Ausdruck **litem contestari** wird zwar gelegentlich auch von dem Beklagten gebraucht, in der Regel aber von dem Kläger, indem es von diesem heißt, „**cum cum reo litem contestari**“; dagegen wird der Ausdruck **judicium accipere**, welcher sich ebenfalls auf die Litiscontestation bezieht, niemals von dem Kläger, sondern immer nur von dem Beklagten gebraucht.

C. Möglicher Inhalt der Verurtheilung.

Ehe ich auf den Gegenstand selbst komme, von welchem eigentlich hier die Rede sein soll, muß ich erst eine kurze vorbereitende Betrachtung vorausschicken. Angenommen, der Richter verurtheilt den Beklagten, so können wir uns im Allgemeinen als Gegenstand dieser Verurtheilung eine Geldleistung, ebensogut aber auch irgend eine andere Leistung denken. Ein wichtiger Unterschied aber ist der:

1. Bei einer Leistung in Gelde wird nicht so leicht, wie bei irgend einer andern Leistung, die Unmöglichkeit eintreten, sie zu beschaffen: ja, eine absolute Unmöglichkeit kann bei Geldleistungen nie vorkommen, immer nur eine relative.

2. Bei Leistungen, die nicht auf Geld gerichtet sind, sondern auf irgend etwas Anderes, da fehlt es häufig, zumal nach Römischem Rechte, an Zwangsmitteln für die wirkliche Erfüllung. Hierin nun hatte es seinen Grund, daß zur Zeit der classischen Juristen die Instruction, welche der **Magistratus** dem **Judex** ertheilte, inwieweit sie auf die Verurtheilung des Beklagten gerichtet war, jederzeit dahin lautete, den Beklagten in eine Summe Geldes zu verurtheilen, die entweder der **Magistratus** bestimmt bezeichnete, oder der Schätzung des **Judex** überließ [11]). Dadurch nämlich sollte soviel möglich dafür gesorgt werden, daß das Verfahren vor dem **Judex** auf jeden Fall ein Resultat zur Folge hätte, welches ausführbar war. Indessen, obschon der **Judex** durch die **Formula** jederzeit zu einer Verurtheilung in Geld angewiesen wurde, so war er doch, wofern der Anspruch des Klägers zunächst auf etwas Anderes ging, in vielen Fällen befugt,

L. 2. pr. C. d. jurejur. propt. calumn. II, 59.

11) Gaj. IV. §. 48.

Digitized by Google

zuvörderſt auf die dem Beklagten eigentlich obliegende anderweitige Leiſtung zu erkennen, und nur in subsidium den Beklagten in eine Summe Geldes zu verurtheilen; ja es gab Fälle, in welchen er zu dieſem Verfahren nicht bloß befugt, ſondern ſogar verpflichtet war. Hiermit hing nun folgender Sprachgebrauch zuſammen: Ging die Verurtheilung auf etwas Anderes, als Geld, ſo bezeichnete man den Ausſpruch des Judex mit den Worten: »Jussus«, »Arbitrium.« Ging ſie dagegen auf Geld, ſo brauchte man die Ausdrücke »Condemnatio« und »condemnare«; dieſe bezogen ſich nicht auf den Begriff der Verurtheilung überhaupt, ſondern ſie waren ihrer techniſchen Bedeutung nach beſchränkt auf die Verurtheilung in Geld. So verhielt ſich noch das Recht zur Zeit der claſſiſchen Juriſten. — Im Juſtinianiſchen Rechte müſſen wir es als Regel anſehen, daß nur Eine Verurtheilung erfolgt, und zwar in der Art: Iſt der Beklagte zunächſt zu etwas Anderem, als zu einer Geldleiſtung verbunden, ſo wird er, wenn es thunlich iſt, zur Leiſtung dieſes Andern verurtheilt. Ich ſage, wenn es thunlich iſt. Denn ſoll z. B. irgend eine andere Sache geleiſtet werden, die aber untergegangen iſt, ſo bleibt nichts Anderes übrig, als eine Verurtheilung in den Werth. Ebenſo, wo Jemand zu einem bloßen Facere verbunden iſt. Dieſem gemäß haben auch in Geſetzen im Sinne des Juſtinianiſchen Rechts die Ausdrücke Condemnatio und condemnare die allgemeine Bedeutung von Verurtheilung überhaupt, ſie ſind nicht mehr beſchränkt auf die Verurtheilung in Geld. Indeſſen finden ſich nun doch viele einzelne Stellen in dem Corpus juris, worin dieſe Ausdrücke noch in jener ältern vorhin angeführten beſchränkteren Bedeutung vorkommen [12]). — Das heutige Recht ſtimmt mit demjenigen, was die Regel des Juſtinianiſchen Rechts ausmacht, überein; nur tritt heutiges Tags in ſolchen Fällen, wo die Klage nicht unmittelbar auf Geld gerichtet iſt, die Nothwendigkeit dennoch auf Geld zu erkennen um deswillen ſeltener ein, weil der Umfang der obrigkeitlichen Zwangsmittel ausgedehnter iſt.

12) Dahin gehören u. A. §. 31. I. d. actionib. IV, 6. L. 68. D. d. R. V. VI, 1.

Digitized by Google

B. Von den Klagen. (§. §. 136-159.)

INST. IV, 6. De actionibus. — DIG. XLIV, 7. COD. IV, 10. De obligationibus et actionibus.

§. 136.

a. Begriff.

Unter *Klage* wird verstanden einmal die Anrufung der richterlichen Hülfe zum Behuf der Realisirung eines uns zustehenden Rechtes, inwieweit durch diesen Anruf der richterlichen Einmischung der erste Impuls gegeben wird. Bei den Römern ist der allgemeine Ausdruck für jede Klage »Actio« [1]). Und in einer ebenso allgemeinen Bedeutung kommt **Persecutio** vor. Sodann aber wird der Ausdruck Klage auch gebraucht für das Recht zu klagen. So, wenn man sagt, der und der hat eine Klage. Dasselbe gilt von dem Römischen Ausdruck **Actio** [2]).

Außer dem so eben Angeführten ist über den Sprachgebrauch noch gar Manches zu bemerken, was man zum Verständniß der Quellen nothwendig wissen muß.

1. Für das, was wir im Deutschen so bezeichnen: eine Klage anstellen, finden wir in den Quellen vielerlei Ausdrücke: **Actionem instituere; actionem movere; actione experiri; actione aliquem convenire. Judicium instituere; judicium movere; judicio experiri; judicio aliquem convenire. Agere; experiri; aliquem convenire**, welcher letzte Ausdruck unserm Deutschen „*belangen*" entspricht.

2. Der Kläger heißt **Actor**, aber auch **Petitor**.

3. Der Beklagte heißt **Reus**; bei gewissen Klagen wird er aber auch durch den Ausdruck **Possessor** bezeichnet, namentlich bei der **Rei vindicatio** und bei der **Hereditatis petitio** [3]).

1) L. 37. pr. D. h. t. (XLIV, 7.) »Actionis verbo continetur in rem, in personam, directa, utilis, praejudicium, sicut ait Pomponius stipulationes etiam, quae praetoriae sunt, quia actionum instar obtinent: ut damni infecti, legatorum, et si quae similes sunt. Interdicta quoque actionis verbo continentur.« Vgl. L. 34. L. 178. §. 2. D. d. V. S.

2) L. 51. D. h. t. »Nihil aliud est actio, quam jus, quod sibi debeatur, judicio persequendi.« pr. I. h. t.

3) Hierüber ist zu vergleichen Savigny, Recht des Besitzes. S. 107. folg.

Digitized by Google

4. In der allgemeinsten Bedeutung bezeichnet der Ausdruck Actio allerdings jede Klage, aber er kommt auch vor in engerer Bedeutung, und diese engere Bedeutung hat wieder ihre Abstufungen. So wird der Begriff einer Actio nicht selten in der Beschränkung aufgefaßt, daß die Klagen, bei welchen nach älterem Rechte eine extraordinaria cognitio eintrat, und ebenso die Interdicta ausgeschlossen sind. Bisweilen werden überdies die Praejudicia als ausgeschlossen gedacht [4]). Was Praejudicia sind, werden wir im §. 144. sehen. In der engsten Bedeutung ist Actio soviel als in personam actio [5]), ein Begriff, auf den wir im folgenden Paragraphen kommen werden.

5. Auch der Ausdruck Persecutio hat neben der vorhin bezeichneten allgemeinen Bedeutung eine engere, in welcher er auf solche Klagen beschränkt ist, wobei eine extraordinaria cognitio Statt findet [6]).

b. Arten. (§. §. 137-144.)

INST. IV, 6. DIG. XLIV, 7.

§. 137.

α. In personam actiones — in rem actiones.

Eine der wichtigsten Eintheilungen der Klagen ist diejenige, wovon hier gehandelt werden soll, und der zu Folge man unterscheidet zwischen in personam actiones, welche auch personales actiones heißen — im Deutschen sagt man persönliche Klagen — und in rem actiones, dingliche Klagen; auch sagt man Realklagen [1]). Nach dem in den Pandecten herrschenden Sprachgebrauche ist eine in personam actio eine solche, wodurch ein aus einer Obligatio entspringendes Recht geltend gemacht wird. Unter einer in rem actio ist eine Klage zu verstehen, wodurch ein Recht an einer einzelnen körperlichen Sache, oder

4) Dies ergibt sich aus L. 35. §. 2. D. d. procurator. III, 3.

5) cit. L. 178. §. 2. D. d. V. S. »Actionis verbum et speciale est et generale: nam omnis actio dicitur, sive in personam sive in rem sit petitio: sed plerumque actiones personales solemus dicere: petitiones autem verbo in rem, actiones significari videntur.«

6) Vgl. cit. L. 178. §. 2. i. f. und §. 144. Nr. 10.

1) Ueber diese Eintheilung siehe §. §. 1-15. I. h. t. und L. 25. pr. D. h. t.

auch an einer Universitas von Sachen verfolgt wird [2]). Dagegen wird in den Justinianischen Institutionen der Begriff einer in rem actio soweit gefaßt, daß dahin jede Klage gehört, die keine persönliche ist. Namentlich rechnen die Verfasser der Institutionen zu den in rem actiones auch diejenigen, welche sich auf die Status und auf die Familienverhältnisse beziehen [3]). Dieser Begriff ist der auch bei den Neueren gangbar gewordene. Zur Erläuterung desselben bemerke ich Folgendes:

Man kann sagen, daß insofern jeder Klage ein obligatorisches Verhältniß zum Grunde liegt, als sie gegen eine bestimmte Person gerichtet und von dieser irgend etwas gefordert wird. Aber bei manchen Klagen ist der Fall der: der entferntere Grund der Klage ist gar nicht in einer Obligation, sondern in irgend einem andern Rechte zu suchen — erst die Verletzung dieses anderweitigen Rechts bringt etwas Obligatorisches hervor: so z. B. wenn Jemand mir den Gegenstand meines Eigenthumsrechtes vorenthält. Das Recht, in welchem ich hier verletzt werde, ist durchaus kein obligatorisches Recht, sondern vielmehr ein dingliches. Erst die Verletzung desselben begründet ein obligatorisches Verhältniß, vermöge dessen derjenige, der meine Sache mir vorenthält, zur Herausgabe derselben verpflichtet ist. Dagegen bei andern Klagen ist das Recht des Klägers gleich von Haus aus ein obligatorisches Recht, so z. B. bei Klagen aus Verträgen. Diese nun sind es, welche in personam actiones genannt werden. Soviel über unsere Eintheilung im Allgemeinen. Nun ist aber noch manches Einzelne zu bemerken:

1. Die personales actiones heißen auch Actiones schlecht-

2) cit. L. 25. pr. »Actionum genera sunt duo: in rem, quae dicitur vindicatio, et in personam, quae condictio appellatur. In rem actio est, per quam rem nostram, quae ab alio possidetur, petimus, et semper adversus eum est, qui possidet. In personam actio est, qua eum eo agimus, qui obligatus est nobis ad faciendum aliquid vel dandum, et semper adversus eundem locum habet.«

3) §. 1. I. h. t. »Nam agit unusquisque aut cum eo, qui ei obligatus est, — — quo casu proditae sunt actiones in personam —: aut cum eo agit, qui nullo jure ei obligatus est, movet tamen alicui de aliqua re controversiam: quo casu proditae actiones in rem sunt.« — §. 13. I. eod. »Praejudiciales actiones in rem esse videntur — —.«

Digitized by Google

hin im engern Sinne des Worts [4]). Ferner bezieht sich darauf der Ausdruck **Condictio**. In der ältesten Zeit bezeichnete dieser eine eigenthümliche **Legis actio** [5]). In späterer Zeit ward er theils in weiterer, theils in engerer Bedeutung gebraucht. In der weiteren umfaßte er alle persönlichen Civilklagen, in der engeren nur die auf ein **dare** gerichteten [6]). Geht eine **Condictio**, die es in diesem engern Sinne ist, auf eine bestimmte Summe Geldes, so heißt sie in den Quellen **Condictio si certum petetur**, geht sie aber auf bestimmte andere Sachen, so wird sie **triticiaria condictio** genannt [7]).

2. Die **in rem actiones** heißen auch **Vindicationes** [8]), desgleichen **Petitiones** [9]).

3. Es gibt Klagen, welche die Neueren **Actiones in rem scriptae** nennen. Indessen, ungeachtet hier die Worte »**in rem**« gebraucht werden, so sind diese Klagen doch persönliche Klagen. Nur hat die zum Grunde liegende **Obligatio** das Besondere, daß die daraus hervorgehende Verbindlichkeit nicht gerade auf ein einzelnes Individuum als solches beschränkt ist, sondern sich auf Jeden erstreckt, welcher Eigenthümer oder Besitzer einer gewissen Sache ist, oder aus einem gewissen Geschäfte Vortheil gezogen hat. Von dieser Art ist z. B. die **quod metus causa actio**. In den Quellen kommt der Ausdruck **Actiones in rem scriptae** als ein technischer Ausdruck für eine eigene Classe von Klagen nicht vor, wenn schon gelegentlich einmal von einer Klage gesagt wird, daß sie **in rem scripta** sei [10]).

4. Von gewissen Klagen heißt es, sie hätten eine gemischte Natur, gemischt nämlich aus demjenigen, was sich bei einer **in rem actio** vorfindet, und aus demjenigen, was bei einer **in personam actio** vorkommt. Das ist jedoch nicht so zu verstehen,

4) L. 178. §. 2. D. d. V. S. (S. d. vor. §. Note 5.)

5) Ueber diese ist zu vergleichen Gaj. IV. §. §. 12. 18. 19.

6) Vgl. Gaj. IV. 5. 18. §. 15. I. h. t. cit. L. 25. pr. D. h. t. (S. Anm. 2.)

7) Ich verweise deshalb auf L. 1. pr. D. d. condictione triticiaria. XIII, 3. Vgl. hierüber Bethmann-Hollweg, Versuche. S. 37. folg. und Zimmern, Rechtsgesch. III. §. 62.

8) cit. §. 15. I. h. t. cit. L. 25. pr. D. h. t. (Anm. 2.)

9) S. L. 178. §. 2. D. d. V. S. (S. d. vor. §. Anm. 5.)

10) L. 9. §. ult. D. quod metus c. gest. IV, 2.

Digitized by Google

als ob diese Klagen eine eigene Gattung von Klagen bildeten neben den Actiones in rem und in personam; sondern es hat damit diese Bewandtniß: Eine Klage, die an sich eine in rem actio ist, kann dennoch im Erfolge Aehnlichkeit haben mit einer personalis actio. Von dieser Art ist die Hereditatis petitio. Sie ist eine in rem actio; aber der Beklagte ist zu gewissen Leistungen verbunden, wie sie sonst nur bei persönlichen Klagen vorzukommen pflegen [11]). Umgekehrt gibt es nun aber auch personales actiones, die im Erfolge eine gewisse Aehnlichkeit haben können mit einer in rem actio. Hierher gehören die Theilungsklagen, nämlich die Finium regundorum actio, die Familiae herciscundae actio und die Communi dividundo actio. Von ihnen wird in den Institutionen Justinians [12]) gesagt, sie schienen eine mixta causa zu haben tam in rem, quam in personam. Daß diese Klagen an und für sich entschieden persönliche Klagen sind, lehren andere Stellen seiner Rechtsbücher [13]). Sie beruhen auf einem von Haus aus obligatorischen Verhältnisse, aber sie können Wirkungen haben ähnlich den Wirkungen einer in rem actio. So kann z. B. der Richter, um die Interessenten auseinanderzusetzen, einem Einzelnen unter ihnen eine bisher gemeinschaftliche Sache zu ausschließlichem Eigenthume zuerkennen, und das ist denn etwas, was mit dem Erfolge der Rei vindicatio eine gewisse Aehnlichkeit hat.

§. 138.

β. Actiones rei persequendae causa comparatae — actiones poenae persequendae causa comparatae — mixtae actiones.

Wir kommen jetzt zu einer zweiten Eintheilung [1]), die jedoch weniger umfassend ist, als die vorige; sie betrifft nämlich nur diejenigen Klagen, welche Bezug haben auf das Vermögen. Diese sind entweder

11) Vgl. L. 25. §. 18. d. H. P. V, 3. L. 7. C. eod. III, 31.

12) §. 20. I. h. t.

13) S. L. 1. D. fin. regundor. X, 1. L. 1. §. 1. C. d. annal. except. etc. VII, 40.

1) Wegen dieser Eintheilung im Allgemeinen verweise ich auf §. §. 16-19. I. d. actionib.

Digitized by Google

1. rei persequendae causa comparatae;
2. poenae persequendae causa comparatae;
3. mixtae.

Die erſte Art der Klagen pflegt man heutiges Tags kürzer ſo zu bezeichnen: **Actiones rei persecutoriae.** In der allgemeinern Bedeutung nun wird jede Klage inſofern reiperſecutoriſch genannt, als ſie darauf abzweckt, von dem Kläger Schaden abzuwenden, oder ihm wegen ſchon erlittenen Schadens Erſatz zu verſchaffen. In der engern Bedeutung aber heißen nur diejenigen Klagen **rei persecutoriae**, welche bloß und allein dieſen Zweck haben [2]). In die Reihe dieſer bloß reiperſecutoriſchen Klagen gehören alle das Vermögen betreffenden **in rem actiones.** Ferner gehören der Regel nach hierher auch alle perſönlichen Klagen, die nicht in einem Vergehen ihren Grund haben. Und ſelbſt unter den **Actiones ex maleficio** gibt es einige, die nur auf Erſatz gerichtet ſind, wie z. B. die **Condictio furtiva.**

Unter einer **Actio poenae persequendae causa comparata** oder, was daſſelbe ſagen will, unter einer **poenalis actio** verſteht man im weiteren Sinne jede Klage, inwieweit ſie auf eine geſetzlich angeordnete Privatſtrafe gerichtet iſt. In der engern Bedeutung bezeichnet der Ausdruck eine Klage, die eben nur auf Strafe geht. Klagen dieſer Art kommen bloß bei Vergehungen vor.

Die **mixtae actiones** gehen auf Erſatz und geſetzliche Privatſtrafe zugleich. In der Regel entſpringen ſie aus Vergehungen, z. B. die **Actio vi bonorum raptorum**, die **Actio legis Aquiliae** u. d. m. Aber es gibt auch ſolche, denen nur eine **Obligatio quasi ex delicto** zum Grunde liegt. Dahin gehört z. B. die **in factum actio de effusis et dejectis.** Ja ſelbſt aus Obligationen **ex contractu** oder **quasi ex contractu** entſtehen gelegentlich **mixtae actiones.** So iſt z. B. die Klage aus einem ſ. g. **Depositum miserabile** im Fall böslichen Abläugnens eine **mixta actio.** Ferner die **Rationibus distrahendis**

2) Hierüber iſt zu vergleichen L. 35. pr. D. h. t. » — Illae autem rei persecutionem continent, quibus persequimur, quod ex patrimonio nobis abest.«

actio, welche der Bevormundete gegen den Vormund hat, ist ebenfalls eine mixta actio. — Zum Beschlusse muß ich noch bemerken, daß der Ausdruck poenalis actio bisweilen auch von einer Klage auf bloßen Ersatz gebraucht wird, wenn die Klage aus einem Vergehen entspringt [3]). Gewöhnlicher Sprachgebrauch ist dies aber nicht.

Das Bisherige betraf diese Eintheilung an und für sich. Nun fragt es sich aber noch nach der heutigen Anwendbarkeit derselben. Hierüber sind die Meinungen sehr verschieden. Nach der Meinung der Meisten fallen im Allgemeinen die Römischen Klagen, inwieweit sie Privatstrafe zum Zweck haben, bei uns weg. Aus dieser Ansicht, wenn man sie will gelten lassen, folgt denn einestheils, daß es poenales actiones gar nicht mehr gibt, anderntheils, daß mixtae actiones nur noch insoweit für anwendbar gehalten werden können, als sie auf Ersatz gerichtet sind, daß damit aber auf Strafe nicht mehr geklagt werden kann. An zureichenden Gründen für diese Ansicht fehlt es nun aber durchaus, und selbst diejenigen, welche sich dazu bekennen, bleiben sich doch im Einzelnen nicht consequent. So pflegen sie namentlich in dem Fall eine Ausnahme zu machen, wo es für gewisse Vergehungen an einer öffentlichen Strafe fehlt, und nun wenigstens die Römische Klage auf Privatstrafe zur Verhinderung des Vergehens dienen kann. Dahin gehört die in factum actio de calumnia, wovon das Nähere vorkommen wird im §. 624. Wesentlich abweichend ist die Meinung von Hofacker [4]). Er sagt: die Vermuthung streitet jederzeit für die Anwendbarkeit der Römischen Pönalklagen, und wenn daher Jemand sich auf den Nichtgebrauch der einen oder der andern beruft, so liegt ihm ob, den Beweis dafür zu führen. Diese Meinung scheint mir der Wahrheit am nächsten zu stehen. Durch ein ausdrückliches Gesetz sind die Römischen Klagen auf Strafe nicht aufgehoben. Im Gegentheil, in der peinlichen Gerichtsordnung [5]) werden, was insbesondere den Diebstahl betrifft, die im Römi-

3) Dies erhellt aus L. 1. §. ult. D. ne vis fiat ei, qui in poss. miss. XLIII, 4. verglichen mit §. 5. derselben Stelle.

4) Principia juris civil. §. 802.

5) Art. 157.

Digitized by Google

schen Rechte darauf gesetzten Privatstrafen ausdrücklich anerkannt. Also ein aufhebendes Gesetz haben wir nicht. Und ebensowenig läßt sich behaupten, daß im Allgemeinen die Römischen Privatstrafen durch den Gerichtsgebrauch abgeschafft wären; daher müssen wir sie überall für anwendbar halten, wo sich nicht im Einzelnen ein entschiedener Nichtgebrauch nachweisen läßt. Daß nach dem Gerichtsgebrauche die Römischen Pönalklagen nicht im Allgemeinen als abgeschafft betrachtet werden können, lehrt die tägliche Erfahrung, denn nichts ist gewisser, als daß die s. g. **Actio injuriarum aestimatoria** noch heute in Gebrauch ist. Und doch ist dasjenige, was der Beleidiger hier zu zahlen hat, durchaus nichts anderes, als eine reine Privatstrafe.

§. 139.

γ. Klagen auf ein Einfaches — Klagen auf ein Mehrfaches.

Wir kommen jetzt zu einer dritten Eintheilung der Klagen, nämlich zu der Eintheilung in solche, die auf ein Einfaches, und in solche, die auf ein Mehrfaches gehen. Dieses Mehrfache besteht bald in dem Doppelten, bald in dem Dreifachen, bald in dem Vierfachen: **Actiones in simplum, in duplum, in triplum, in quadruplum conceptae.** Klagen, die auf noch mehr, als das Vierfache gingen, gibt es nicht [1]). Die Regel nun ist, daß nur eben das Einfache gefordert werden kann. Mit den Klagen auf ein Mehrfaches aber verhält es sich so: Einige gehen gleich von Haus aus auf ein Mehrfaches und dies ist die Regel, andere wachsen zu einem Mehrfachen erst während des Processes an. So z. B. die **Legis Aquiliae actio**, bei welcher der Kläger erst im Fall des Ableugnens das Recht hat, das Doppelte zu verlangen [2]). Ferner: zu den Klagen auf ein Mehrfaches gehören aber nicht nur bloß solche, welche **poenales** oder **mixtae** sind, sondern auch eine **Actio rei persecutoria**

1) Im Allgemeinen verweise ich wegen dieser Eintheilung auf §. §. 21-27. I. h. t.

2) Hierüber sind zu vergleichen §. §. 26. 27. I. h. t. §. 1. I. d. pec. temere litig. IV, 16.

Digitized by Google

kann auf ein Mehrfaches gehen. Dies ist der Fall mit der de tigno juncto actio, wovon im §. 271 die Rede sein wird.

Nur wenige unter den Neueren sind der Meinung, daß bei uns alle Klagen auf ein Vielfaches wegfallen. Die von den Meisten anerkannte und gewiß auch richtige Ansicht ist diese: Das allein, daß eine Klage auf ein Vielfaches geht, kann nie ein Grund sein, ihre heutige Anwendbarkeit zu läugnen. Daher wird denn z. B. auch von den Meisten angenommen, daß die de tigno juncto actio noch heutiges Tages auf das Duplum angestellt werden könne [3]). Aber ob Klagen auf ein Vielfaches auch in soweit zulässig sind, als sie eine Strafe bezwecken, das ist eine Frage, deren Beantwortung davon abhängt, ob und inwieweit man überhaupt die Römischen Klagen auf Strafe für noch anwendbar hält. Ich beziehe mich hier auf den vorigen Paragraphen.

§. 140.

δ. Directae actiones — utiles actiones.

Häufig wird in unsern Quellen unterschieden zwischen directae und utiles actiones. Nämlich: Wird eine Klage angestellt unter denjenigen Voraussetzungen, unter denen sie an und für sich angestellt zu werden bestimmt ist; so wird sie insofern eine directa actio genannt. Inwiefern es nun aber gestattet ist, diese Klage auch unter abweichenden Voraussetzungen anzustellen, insofern nennt man sie eine utilis actio. Also: so oft von einer utilis actio in diesem Sinne die Rede ist, so haben wir uns eine über ihre eigentlichen Grenzen erweiterte Klage zu denken. Oder, wie man es sich auch vorstellen kann: eine utilis actio ist eine solche, die einer andern nachgebildet ist, eine Klage nach der Analogie einer andern, eine Actio ad exemplum alterius actionis. Dieser Ausdruck »ad exemplum« wird bei utiles actiones auch in den Quellen nicht selten gebraucht, indem z. B. die utilis legis Aquiliae actio genannt wird: ad exemplum le-

3) So Glück, III. S. 609. Thibaut, Pand. §. 729. Schweppe, Röm. Privatr. §. 555.

Digitized by Google

gis Aquiliae actio [1]). Oder es werden auch die Ausdrücke utilis und ad exemplum mit einander verbunden [2]). Ferner wird ſtatt utilis auch der Ausdruck quasi gebraucht, z. B. die utilis Serviana actio heißt auch quasi Serviana [3]). Endlich kommt auch der Ausdruck fictitia actio vor [4]).

In den Formeln nun unterſcheiden ſich bei den Römern die utiles actiones von den directae, nicht aber im endlichen Erfolge [5]). Deſſenungeachtet iſt die Unterſcheidung zwiſchen directae und utiles actiones von der größten Wichtigkeit. Nämlich aus der Angabe der Fälle, in welchen eine Klage als directa actio Statt findet, erkennen wir die eigentlichen termini derſelben. Aus den Fällen aber, in welchen die Klage als eine utilis actio bezeichnet wird, erkennen wir, in welchem Maße es verſtattet iſt, über die eigentliche und urſprüngliche Vorausſetzung hinauszugehen. Wir würden von vielen Klagen einen höchſt unbeſtimmten und ſchwankenden Begriff haben, wenn wir bei Beſtimmung deſſelben von den Fällen ausgehen wollten, in denen die Klage nur eine utilis iſt: das richtige Verfahren, um den Grundbegriff einer Klage zu beſtimmen, iſt allein dieſes, daß wir diejenigen Vorausſetzungen zuſammenfaſſen, unter welchen die Klage eine directe iſt. — Zuletzt muß ich noch bemerken, daß die Ausdrücke directa actio und utilis actio gelegentlich auch in einer ganz andern, als der eben angegebenen Bedeutung vorkommen, in einer Bedeutung, in welcher ſie keine Beziehung auf einander haben. Nämlich einmal kommt directa actio zuweilen vor im Gegenſatze gegen contraria actio [6]). Sodann wird der Ausdruck utilis actio bisweilen gebraucht, bloß um eine wirkſame Klage zu bezeichnen, alſo eine Klage, die Nutzen gewährt [7]).

1) L. 12. D. ad leg. Aquil. IX, 2. verglichen mit L. 11. §. ult. D. eod.

2) So in L. 17. §. 3. D. d. usufructu. VII, 1. L. 19. pr. D. d. institor. act. XIV, 3. L. 13. §. 25. D. d. A. E. V. XIX, 1.

3) §. 7. I. h. t. verglichen mit L. 1. C. communia de legat. VI, 43.

4) Ulp. XXVIII, 12.

5) Daher heißt es in L. 47. §. 1. D. d. negot. gest. III, 5. »Nec refert, directa quis, an utili actione agat, vel conveniatur, quia in extraordinariis judiciis, ubi conceptio formularum non observatur haec subtilitas supervacua est, maxime quum utraque actio ejusdem potestatis sit, eundemque habeat effectum.«

6) Z. B. in §. 2. I. d. poen. temere litig. IV, 16.

7) So in L. 37. D. mandati. XVII, 1. L. 31. D. d. R. J.

Digitized by Google

§. 141.

c. Vulgares actiones — in factum actiones.

Der Unterschied, von welchem hier die Rede sein soll [1]), steht im Zusammenhange mit dem alten Ordo judiciorum, namentlich mit den ältern Formeln. Der darauf Bezug habende Sprachgebrauch hat sich jedoch erhalten selbst unter unsern heutigen Juristen, welche den Unterschied im Deutschen durch die Ausdrücke benannte und unbenannte Klagen zu bezeichnen pflegen. Nämlich vulgares actiones nannten die Römer zu der Zeit, als noch der ältere Ordo judiciorum bestand, diejenigen Klagen, für welche es fest bestimmte Formeln und eigenthümliche technische Namen gab, solche Namen also, welche speciell die einzelne Klage bezeichneten, keine bloße Gattungsnamen. Alle übrigen Klagen wurden in factum actiones genannt.

Eine eigene Art dieser in factum actiones machten diejenigen aus, welche man praescriptis verbis in factum actiones nannte, oder auch bloß praescriptis verbis actiones ohne den Zusatz in factum. Dies Letztere ist das Gewöhnliche [2]). Es waren dies Klagen aus solchen Geschäften, welche zwar als verbindlich anerkannt waren, und zwar nicht etwa nur nach prätorischem Rechte, sondern nach Grundsätzen des Civilrechts, für die es nun aber doch keine eigenthümliche technische Namen gab, dergestalt, daß es in jedem einzelnen Fall in der Klagformel einer besondern Beschreibung des Geschäfts bedurfte, man konnte es nicht mit Einem Worte bezeichnen. Darauf geht das »praescriptis verbis.«

Ferner gehören zu den in factum actiones diejenigen, wofür in den Quellen folgende Ausdrücke gebraucht werden: Condictio ex lege; ex lege condictitia actio. Diese Benennungen nämlich beziehen sich auf persönliche Klagen, gegründet auf

1) Ueber diesen Unterschied im Allgemeinen verweise ich auf L. 1. pr. D. d. praescriptis verbis et in factum actionibus. XIX, 5. »Nonnunquam evenit, ut cessantibus judiciis proditis et vulgaribus actionibus, cum proprium nomen invenire non possumus, facile descendamus ad eas, quae in factum appellantur.«

2) Der zuerst erwähnte Ausdruck findet sich unter andern in L. 24. D. eod.

Digitized by Google

eine Lex oder Constitutio Principis, aber ohne festbestimmte Formel [3]). Auf diesen eben bezeichneten Römischen Sprachgebrauch gründet sich folgender Sprachgebrauch der Neuern: Wenn durch irgend eine Constitution des Codex eine neue persönliche Klage ohne Namen eingeführt ist, so bezeichnen die Neueren dieselbe mit dem Ausdruck Condictio unter Hinzufügung der Stelle des Codex, aus welcher sie sich herschreibt. So hat z. B. Justinian in der L. 35. C. de donationibus verordnet, daß aus einem einfachen, nicht in die Form der Stipulation eingekleideten Schenkungsvertrage auf Erfüllung solle geklagt werden können, was früherhin unstatthaft war. Diese Klage nun benennen die Neueren so: Condictio ex Lege 35. C. de donationibus (VIII, 54.). Ja gelegentlich bezeichnen die Neueren auf diese Weise auch wohl solche Klagen, welche sich auf Stellen der Pandecten gründen.

Ich muß nun aber noch ein Mal zurückkommen auf den Ausdruck in factum actio. Dieser kommt auch noch in einer andern, als in der vorhin angegebenen Bedeutung vor, in einer Bedeutung, da er in Beziehung steht zu einer Verschiedenheit der Formeln, deren Gajus [4]) gedenkt, nämlich zu dem Unterschiede zwischen Formulae in jus conceptae und Formulae in factum conceptae. Jene enthielten die Hinweisung auf ein dem Kläger zustehendes Recht, in diesen dagegen wurden nur gewisse Thatsachen bezeichnet, bei deren Vorhandensein der Judex den Beklagten verurtheilen sollte. Und wie nun in diesem letzten Falle die Formula in factum concepta hieß, so nannte man auch die Klage in factum actio. Mit dieser Bedeutung von in factum actio hängt Folgendes zusammen: Wir finden bisweilen, daß in einem und demselben Falle die Klage in der einen Stelle eine utilis actio genannt wird, während es in der andern Stelle heißt, es finde eine in factum actio Statt [5]). In sol-

3) L. un. D. d. condictione ex lege. XIII, 2. »Si obligatio nova lege introducta sit, nec cautum eadem lege, quo genere actionis experiamur, ex lege agendum est.« L. 28. D. ad leg. Jul. d. adulter. XLVIII, 5. §. §. 24. 25. I. h. t.

4) Gaj. IV. §. §. 45-47.

5) Beispiele enthalten §. ult. I. d. leg. Aquil. IV, 3. in den Worten »Ideoque — — — — ut fame necaretur« verglichen mit L. 9. §. 2. u. L. 29. §. 7. D. eod. — L. 11. §. 1. D. d. jurejur. XII, 2. verglichen mit §. 3. derselben Stelle.

Digitized by Google

chen Fällen sind beide Arten der Bezeichnung passend, aber jede hat ihre besondere Beziehung. Die Klage ist eine utilis actio, inwiefern sie nach der Analogie einer andern gegeben wird; in factum actio aber wird sie genannt, inwiefern die Formel dafür eine Formula in factum concepta war.

§. 142.

ζ. Stricti juris actiones — bonae fidei actiones — arbitrariae actiones *).

Bei der Erklärung dieses Unterschiedes ist es wieder durchaus nothwendig, auszugehen von dem ältern Ordo judiciorum. Ohne diesen läßt sich der Unterschied schlechterdings nicht deutlich machen. Schon im §. 135. habe ich bemerkt, daß die dem Judex durch die Formula verliehenen Befugnisse bald von beschränkterer, bald von umfassenderer Art waren. Sie waren von beschränkterer Art da, wo es mehr darauf ankam, nach der Strenge des Rechts, nach dem strictum jus zu verfahren, als nach Grundsätzen der Billigkeit. Und zwar zeigte sich in Fällen dieser Art die größere Beschränkung des Judex einestheils in Beziehung auf die Voraussetzung der Verurtheilung. Diese wurde hierbei in der Formula viel genauer bestimmt. Und namentlich war es dem Judex nicht gestattet, auf etwaige Exceptionen des Beklagten Rücksicht zu nehmen, außer wenn er dazu durch die Formula ausdrücklich angehalten war. Der Beklagte konnte noch so gegründete Exceptionen haben, er mußte doch verurtheilt werden, wenn diese Exceptionen in der Formula nicht eigens bezeichnet waren. Anderntheils zeigte sich die größere Beschränkung auch in Beziehung auf den Inhalt der Verurtheilung.

Dagegen, wo weniger das strenge Recht die Norm der Entscheidung an die Hand geben sollte, als vielmehr der Grundsatz der Billigkeit, der Aequitas, da ließ die Formula dem Judex freiere Hand. Denn zuerst: die Voraussetzungen der Verurtheilung wurden nicht so genau bestimmt. Namentlich war hier der Judex ermächtigt, ja sogar verbunden, die Exceptionen des

*) Im Allgemeinen verweise ich wegen dieser Unterscheidung auf die §. §. 28 - 31. I. h. t.

Digitized by Google

Beklagten zu berücksichtigen, ohne daß sie in der Formel besonders bezeichnet zu sein brauchten [1]). Sodann war auch in Beziehung auf den Inhalt der Verurtheilung dem **Judex** ein freieres **Arbitrium** gestattet.

In den Fällen der ersten Art nun, wo die Befugniß des **Judex** eine beschränktere war, da nannte man diesen vorzugsweise und im engeren Sinne **Judex**, die Verhandlung vor ihm aber **Judicium**, ebenfalls im engeren Sinne des Worts. In den Fällen der zweiten Art aber, wo die Befugniß des **Judex** eine freiere und umfassendere war, da hatte man für diesen eine eigenthümliche Benennung, welche auf jene freiere Befugniß hindeutete; man nannte ihn nämlich **Arbiter** und ebenso hieß die Verhandlung vor ihm **Arbitrium**. So also gab es zwei Hauptgattungen des Verfahrens vor dem **Judex**. Die **Judicia** im weiteren Sinne des Worts waren entweder **Judicia** im engeren Sinne, oder **Arbitria** [2]).

Aber nun fragt es sich: In welchem Verhältnisse stand dieser Unterschied zu der Eintheilung der Klagen, von welcher hier die Rede ist? Die Sache war diese: inwieweit bei einer Klage ein **Judex** gegeben wurde, insoweit war sie eine **stricti juris actio**; inwieweit dabei ein **Arbiter** gegeben wurde, insoweit war sie, wenigstens in der weitern Bedeutung, eine **arbitraria actio**. Bei gewissen Rechtsansprüchen nun war die Klage immer **stricti juris**, bei gewissen andern immer **arbitraria**. Es gab jedoch auch Rechtsverhältnisse, wobei nach Verschiedenheit der Umstände bald ein **Judex** und bald ein **Arbiter** bestellt wurde, und sonach also auch die Klage bald eine **stricti juris actio**, bald eine **arbitraria actio** war [3]).

Nun aber ist ferner zu bemerken: Zu den Rechtsstreitigkeiten, welche durch einen **Arbiter** entschieden wurden, gehörten insbesondere diejenigen, welche gegenseitige Rechtsverhältnisse betrafen, und zwar solche Rechtsverhältnisse, die wesentlich durch die Rücksicht auf Treue und Glauben bestimmt wurden, wie z.

1) Vergl. **L. 3. D. d. rescind. vendit. XVIII, 5. L. 21. i. f. D. soluto matrim. dos etc. XXIV, 3. L. 84. §. 5. D. d. legat. I.**

2) Siehe **Cicero pro Rosc. Com. c. 4. Seneca de benefic. III, 7.**

3) **Gaj. IV. §. 141. §. §. 162.** folg.

Digitized by Google

B. Kauf, Miethe u. s. w. Hier pflegten in die Formula die Worte »ex fide bona«, oder andere gleichbedeutende Ausdrücke gesetzt zu werden. Der Arbiter sollte ex fide bona, also nach Billigkeit, ermessen, was einer dem andern schuldig sei [4]). Und hier nun nannte man die angestellten Klagen bonae fidei actiones. Bei ihnen war es denn auch dem Arbiter verstattet, da, wo es sich zunächst um eine andere, als um eine Geldleistung handelte, zuerst auf jene zu erkennen, und den Beklagten nur in subsidium zu einer Geldzahlung zu verurtheilen. Neben diesen bonae fidei actiones gab es nun aber noch eine andere Classe von arbitrariae actiones. Diese wurden vorzugsweise arbitrariae actiones genannt, sie waren also arbitrariae actiones im engeren Sinne. Die Eigenthümlichkeit dieser Klagen bestand nämlich darin: Was bei den bonae fidei actiones dem Arbiter nur verstattet war, das ward ihm hier durch die Formula zur Pflicht gemacht. Wo die Forderung des Klägers nicht unmittelbar auf Geld gerichtet war, da mußte der Arbiter zuerst immer auf diejenige Leistung erkennen, wozu der Beklagte eigentlich verpflichtet war; die Verurtheilung in Geld war hier immer nur etwas Subsidiäres [5]). Soviel über den Unterschied zwischen arbitrariae, bonae fidei und stricti juris actiones nach vorjustinianischem Rechte.

Es fragt sich nunmehr, wie es mit diesem Unterschiede nach Justinianischem Rechte steht. Auf die Verschiedenheit der dem Judex vom Magistratus ertheilten Befugnisse kann er sich begreiflicher Weise nicht mehr beziehen. Wohl aber finden wir das auch noch im Justinianischen Rechte, daß bei stricti juris actiones mehr auf die Strenge des Rechts, bei arbitrariae und bonae fidei actiones aber mehr auf die Billigkeit Rücksicht genommen wurde. Und ferner bestehen im Justinianischen Rechte viele einzelne Unterschiede, welche aus dem eben bezeichneten allgemeinen Unterschiede hervorgehen, und die wir im Einzelnen in der Folge werden kennen lernen. Was aber insbesondere die arbi-

4) Vergl. Cicero de offic. III, 15. 17.

5) §. 31. I. h. t. verglichen mit §. 27. I. eod. und §. 3. I. d. offic. judic. IV, 17.

Digitized by Google

trariae actiones im engeren Sinne betrifft, so zeichnen sie sich auch noch im Justinianischen Rechte hinsichtlich der Verurtheilung aus: es tritt nämlich bei ihnen die Möglichkeit einer zweiten Verurtheilung ein — in Widerspruch mit demjenigen, was die Regel des Justinianischen Rechts ausmacht.

Zuletzt bleibt nun noch für das vorjustinianische Recht sowohl, als für das Justinianische Recht die Frage übrig, welche Klagen **stricti juris**, welche **bonae fidei**, welche **arbitrariae** im engern Sinne sind. Verzeichnisse finden sich in den oben angeführten Stellen der Institutionen. (Vgl. Note *) Ob diese Verzeichnisse vollständig sind, darüber wird gestritten.

Was nun anlangt die Bedeutung des bisher Vorgetragenen für unser heutiges Recht, so ist soviel gewiß, daß jene, den **arbitrariae actiones** im engern Sinne eigenthümliche, zweifache Verurtheilung heutiges Tages wegfällt. Dagegen ist man darüber, ob auch die Eigenthümlichkeiten der **stricti juris actiones** ganz und gar aufgehört haben, nicht durchaus einverstanden. Die meisten Rechtsgelehrten sind indessen der Meinung: die Klagen, welche im Römischen Rechte als **stricti juris actiones** bezeichnet werden, sind heutiges Tages nach denselben Grundsätzen zu beurtheilen, welche bei **bonae fidei actiones** gelten. Und hiermit stimmt denn auch der gemeine Gerichtsgebrauch überein.

§. 143.

7. Interdicta.

† **INST. III, 15. De interdictis. DIG. XLIII, 1. De interdictis sive extraordinariis actionibus, quae pro his competunt. COD. VIII, 1. De interdictis.**

Bei gewissen Klagen fand nach älterem Rechte ein Verfahren Statt, welches sich vornehmlich dadurch von dem sonst üblichen unterschied, daß der Magistrat, wenn die Parteien vor ihm erschienen waren und ihm den Gegenstand des Streits kurz vorgetragen hatten, nicht sofort einen **Judex** bestellte, sondern selbst einschritt, und zwar in folgender Weise: Er erließ an den Beklagten einen dem Antrage des Klägers entsprechenden Befehl,

Digitized by Google

mittelst dessen er jenem nach Verschiedenheit der Fälle entweder etwas zu thun aufgab, oder etwas zu unterlassen gebot. Die Voraussetzungen, unter welchen ein solcher Befehl ertheilt werden sollte, waren im Edicte bestimmt. Es versteht sich daher, daß auch im einzelnen Falle der Magistratus den Befehl immer nur dann erließ, wenn der Kläger Thatsachen anführte, wie das Edict sie erforderte. Ein solcher Befehl wurde Interdictum genannt. Diesen Ausdruck übertrug man indessen auch auf das Gesuch, auf die Bitte um den Befehl; man nannte also auch die Klagen Interdicta, auf welche hin Interdicta erlassen wurden. Daher die Ausdrücke: Interdictum movere, Interdicto agere. Und eben so wurde Interdicere gebraucht nicht bloß von dem Magistratus, sondern auch von dem Kläger.

Angenommen nun, der Magistratus hatte ein Interdictum erlassen, und der Beklagte machte nicht nur keine Einwendungen dagegen, sondern kam demselben auch in der That nach, so bedurfte es dann allerdings keines weitern gerichtlichen Verfahrens. Man konnte also sagen, die Sache sei im Wege eines summarischen Verfahrens beigelegt. Außerdem aber ward zum Behuf weiterer Untersuchung und endlicher Entscheidung auch hier ein Judex, oder ein Arbiter ernannt, und da war denn das Verfahren nichts weniger, als summarisch, vielmehr war es dann oft höchst verwickelt. Früher hat man allgemein in dem Vorurtheil gestanden, der Interdictsproceß wäre überhaupt ein höchst summarischer gewesen, ja Mehre haben gemeint, es wäre dabei nie ein Judex vorgekommen. Von dem Allen hat sich aber aus den Institutionen des Gajus das Gegentheil ergeben [1]). Dies in Bezug auf das ältere Recht.

Was aber betrifft das spätere, nämlich das Justinianische Recht, so finden wir: der Interdictsproceß hat seine ursprüngliche Gestalt verloren, namentlich erfolgt nicht mehr bei Einleitung des Processes jener dem Interdictsprocesse ehemals eigenthümliche Befehl des Magistrats, aber es wird doch in allen Fällen, in denen ehedem der Interdictsproceß Statt fand, eine Klage gege-

1) Gaj. IV. §. §. 139. et seq.

Digitized by Google

ben [2]). Und obschon der Proceß nicht mehr der alte ist, so finden wir doch auch im Justinianischen Rechte den ältern Sprachgebrauch beibehalten, namentlich werden die Klagen in den hierher gehörenden Fällen in der Regel auch im Justinianischen Rechte **Interdicta** genannt. Ohne alle Eigenthümlichkeit ist übrigens in den Interdictsfällen das Verfahren auch nach späterem Rechte nicht. In den Quellen des spätern, namentlich des Justinianischen Rechts finden sich mancherlei Hinweisungen darauf, daß in den Interdictsfällen der Proceßgang beschleunigt wurde, und *insofern* ein summarischer war [3]). Die einzelnen Fälle werden wir in der Folge kennen lernen. Hier will ich nur bei einigen allgemeinen Bemerkungen stehen bleiben.

Erstens. Die Verhältnisse, zu deren Schutz die Interdicta dienen, sind von sehr mannigfaltiger Art. So gibt es namentlich Interdicte, denen die Rücksicht auf das öffentliche Interesse zum Grunde liegt. Wir werden z. B. in der Folge (§. 635) ein Interdict kennen lernen, dessen sich Jeder, auch ohne für seine Person ein besonderes Interesse zu haben, gegen denjenigen bedienen kann, der irgend eine Veranstaltung trifft, wodurch ein öffentlicher Weg verschlechtert wird. Die meisten Interdicte beziehen sich nun aber allerdings auf das Privatinteresse. Unter diesen gibt es besonders viele, welche den Besitz betreffen [4]).

Zweitens. Alle Interdicte sind **personalia**, wenn schon

2) §. ult. I. h. t. »De ordine et veteri exitu interdictorum supervacuum est hodie dicere: nam quoties extra ordinem jus dicitur (qualia sunt hodie omnia judicia) non est necesse, reddi interdictum, sed perinde judicatur sine interdictis, atque si utilis actio ex causa interdicti reddita fuisset.«

3) Siehe Bethmann-Hollweg, Gerichtsverfassung u. Proceß des sinkenden Röm. Reichs. §. 37.

4) L. 1. pr. D. h. t. »Videamus, de quibus rebus interdicta competunt. Et sciendum est, interdicta aut de divinis rebus, aut de humanis competere. De divinis, ut de locis sacris, vel de locis religiosis. De rebus hominum interdicta redduntur aut de his, quae sunt alicujus, aut de his, quae nullius sunt. Quae sunt nullius, hae sunt liberae personae, de quibus exhibendis et ducendis interdicta competunt. Quae sunt alicujus, haec sunt aut publica, aut singulorum. Publica sunt de locis publicis, de viis, deque fluminibus publicis. Quae autem singulorum sunt, aut ad universitatem pertinent, ut interdictum quorum bonorum, aut ad singulares res, ut est interdictum uti possidetis, de itinere actuque.« Vgl. L. 2. §. 1. D. eod.

Digitized by Google

bei einigen der Schein entstehen kann, als seien sie in rem concepta [5]).

Drittens sind noch gewisse Eintheilungen der Interdicte zu merken:

1. Nach der Verschiedenheit der dem Beklagten aufzugebenden Leistung, sind die Interdicta entweder prohibitoria, oder restitutoria oder exhibitoria [6]); prohibitoria, wobei dem Beklagten etwas untersagt wird, z. B. es wird demselben untersagt, in einem öffentlichen Flusse irgend etwas vorzunehmen, wodurch die Schifffahrt gefährdet werden würde, oder es wird ihm untersagt, den Kläger in seinem Besitze zu stören: restitutoria, wobei dem Beklagten aufgegeben wird, etwas herauszugeben, etwas wiederherzustellen. Z. B. demjenigen, welcher die zu einer Erbschaft gehörenden Sachen besitzt, wird anbefohlen, diese an den Erben herauszugeben, oder dem, der einen Andern gewaltthätigerweise aus dem Besitz verdrängt hat: exhibitoria, wobei dem Beklagten aufgegeben wird, etwas vorzuzeigen, dem Kläger Gelegenheit zu verschaffen, etwas zu sehen.

2. Von geringerem Umfange ist eine andere Eintheilung, welche sich nur auf diejenigen Interdicte bezieht, quae ad rem familiarem spectant, und ferner nur auf diejenigen, die eine Beziehung auf den Besitz haben, dergestalt, daß diejenigen, welche den öffentlichen Vortheil betreffen, ausgeschlossen sind, und ebenso alle Interdicta exhibitoria. Die Eintheilung selbst aber ist diese: Interdicta adipiscendae, retinendae, recuperandae possessionis [7]). Unter diesen drei Species von Interdicten sind aber nur die beiden letzten als possessorische Rechts-

5) L. 1. §. 3. D. h. t.

6) L. 1. §. 1. D. h. t. §. 1. I. eod.

7) §. 2. et seq. I. h. t. L. 2. §. ult. D. h. t. »Haec autem interdicta, quae ad rem familiarem spectant, aut adipiscendae sunt possessionis, aut recuperandae, aut retinendae. Adipiscendae possessionis sunt interdicta, quae competunt his, qui ante non sunt nacti possessionem. Sunt autem interdicta adipiscendae possessionis quorum bonorum; Salvianum quoque interdictum, quod est de pignoribus ex hoc genere est, et quo itinere venditor usus est, quo minus emtor utatur, vim fieri veto. Recuperandae possessionis causa interdicta proponuntur sub rubrica unde vi; aliqua enim sub hoc titulo interdicta sunt. Retinendae possessionis sunt interdicta uti possidetis.« — —

Digitized by Google

mittel anzusehen; denn nur sie gründen sich in dem Besitz; nicht so das Interdictum adipiscendae possessionis [8]).

3. Eine dritte Eintheilung — in simplicia und duplicia — bezieht sich eigentlich nur auf die prohibitoria, denn die restitutoria und exhibitoria sind alle simplicia; unter den prohibitoria aber gibt es einige duplicia. So die Interdicte uti possidetis et utrubi [9]).

§. 144.

o. Uebrige Unterschiede.

1. Ihrem Ursprunge nach sind die Klagen entweder **civiles** oder **honorariae actiones** [1]). Die letzteren werden, wenn sie sich aus dem prätorischen Edicte herschreiben, **praetoriae**, wenn aus dem ädilizischen, **aedilitiae** actiones genannt [2]).

2. Auf die Beschaffenheit des geltend zu machenden Anspruches bezieht sich die Eintheilung in **possessorische** und **petitorische** Klagen. Bei jenen ist es dem Kläger nur um den Besitzstand, nur um die Ausübung eines Rechtes zu thun, bei diesen um das Recht selbst. In den Quellen ist sowohl von **possessoriis actionibus** [3]), als von **possessoriis interdictis** [4]) die Rede. Aber nur diese letzteren fallen unter den Begriff der possessorischen Klagen (vergl. §. 143.); dagegen sind **possessoriae actiones** die petitorischen Klagen, welche dem Bonorum possessor, als prätorischem Erben, zustehen. Mit dem Ausdruck **petitoria actio** wird [5]) die Rei vindicatio bezeichnet; und **petitorium judicium** kommt gleichfalls vor [6]).

3. Auf der Beschaffenheit des zu verfolgenden Rechtes beruhet

8) Siehe Savigny, Besitz. §. 35.

9) §. 7. I. h. t. fr. 2. §. ult. i. f. D. h. t.

1) L. 2. §. 2. D. h. t. (XLIV, 7.)

2) L. 63. §. 9. D. ad SCtum Trebellian. XXXVI, 1. — Inscr. Cod. IV, 58. de aedilitiis actionibus.

3) Inscr. D. V, 5. de possessoria hereditatis petitione. L. 4. D. d. Carboniano edicto. XXXVII, 10. (wo zwar Hal. possessor his actionibus lies't, die Flor. und die Vulg. lect. aber possessoriis a. haben.)

4) L. ult. D. d. servitut. VIII, 1.

5) Im §. 4. I. d. interdictis. IV, 15. (wo jedoch mehrere Ausgaben unrichtig petitoris a. haben)

6) In der L. 36. pr. D. d. R. V. VI, 1.

Digitized by Google

auch der Begriff der **praejudiciales actiones**, wenn er im Sinne der Neueren aufgefaßt wird, die, ausgehend von den im §. 13. I. d. actionib. vorkommenden Beispielen, unter praejudicialibus actionibus solche Klagen verstehen, welche den persönlichen Zustand eines Menschen, oder reine Familienverhältnisse betreffen. Römisch ist jedoch dieser Begriff nicht. Denn der Ausdruck praejudicialis paßt auf jede Klage, wodurch ein Praejudicium soll herbeigeführt werden; Praejudicium aber nannten die Römer ein Judicium, wobei es gar nicht auf **Verurtheilung** oder **Lossprechung** abgesehen war, sondern lediglich darauf, über das **Daseyn** oder die **Beschaffenheit** einer Thatsache oder eines Rechtsverhältnisses einen richterlichen Ausspruch zu erwirken [7]), und daß Verhandlungen dieser Art nicht bloß bei Streitigkeiten über den persönlichen Zustand, oder über reine Familienverhältnisse vorkamen, lehren unsere Quellen deutlich [8]).

4. Mit Rücksicht auf den Umfang der geltend zu machenden Ansprüche werden diejenigen **In rem actiones**, welche einzelne Sachen oder eine s. g. **Universitas facti** zum Gegenstande haben, **speciales in rem actiones** genannt, diejenigen aber, welche sich auf eine s. g. **Universitas juris** beziehen, **actiones de universitate** (wofür die Neueren **actiones universales** sagen) [9]). Von ähnlicher Art ist der Unterschied, der in Bezug auf **personales actiones** [10]) zwischen **specialibus** und **generalibus judiciis** gemacht wird. Jene betreffen einfachere obligatorische Verhältnisse, diese solche, woraus mannichfaltigere Ansprüche hervorgehen.

5. Nach der größeren oder geringeren Bestimmtheit des in Anspruch genommenen Gegenstandes wird bei persönlichen Klagen unterschieden zwischen solchen, die auf ein **certum**, und solchen, die auf ein **incertum** gehen. Hierher gehören die in den Quellen

7) Gaj. IV. §. 44. Theoph. IV, 6. §. 13.

8) Gaj. l. c. und III, §. 123. Paul. V, 9. §. 1. L. 30. D. d. reb. auctorit. jud. XLII, 5.

9) L. 1. pr. et §. §. 1. 3. D. d. R. V. VI, 1. L. 3. C. d. praescr. XXX v. XL annor. VII, 39.

10) In der L. 38. pr. D. pro socio. XVII, 2.

Digitized by Google

häufig vorkommenden Ausdrücke: **Certi condictio** [11]; **incerti condictio** [12]; **incerti actio** [13].

6. Hinsichtlich der Wirkung haben etwas Eigenthümliches diejenigen Klagen (sie seien nun Actionen im engeren Sinne, oder Interdicte) [14], welche den Beinamen **noxales** führen. Zu ihnen gehören nach Justinianischem Rechte die Klagen gegen den Herrn eines Sclaven wegen der von diesem ohne Befehl verübten Vergehen; desgleichen die Klage gegen den schuldlosen Eigenthümer eines Thieres wegen des durch dieses verursachten Schadens. Hier wird die Härte, welche für den Beklagten darin liegt, daß überhaupt gegen ihn geklagt werden kann, dadurch einigermaßen gemildert, daß ihm verstattet ist, durch **Noxae deditio**, d. h. (da Noxa das Corpus, quod nocuit, bezeichnet) durch Ueberlassung des Sclaven oder des Thieres, sich allen weiteren Ansprüchen des Klägers zu entziehen, diesen also damit abzufinden. Von den für uns unpraktisch gewordenen Noxalklagen wegen Vergehungen der Sclaven handeln die Titel »**De noxalibus actionibus**« [15]; auf die noch heutiges Tages übliche Noxalklage wegen Beschädigung durch Thiere beziehen sich die Titel »**Si quadrupes pauperiem fecisse dicatur**« [16]. — Vgl. §. §. 122. 664.

7. Ebenfalls durch die Wirkung sind die **famosae actiones** ausgezeichnet, d. h. diejenigen, bei welchen Infamie die Folge der Verurtheilung ist [17]. Vgl. §. 44. II. A.

8. In der Regel können Klagen, die in das Gebiet des Privatrechts einschlagen, nur von dem besonders Betheiligten angestellt werden. Indessen ausnahmsweise gibt es nach Römischem Recht auch solche Privatklagen, die, wegen des concurrirenden öffentlichen Interesses, Jeder im Volke erheben kann. Dahin gehören theils die, insgesammt auf eine Privatstrafe gerichteten

11) L. 9. pr. et §. 3. D. d. R. C. XII, 1.

12) L. 5. §. 1. D. d. usufr. earum rerum. VII, 5. L. 3. D. d. condict. sine causa. XII, 7.

13) L. 4. pr. D. d. usur. XXII, 1. L. 75. §. ult. D. d. legat. I. Ueber die Römischen Begriffe von certum und incertum geben Auskunft L. 68. L. 74. L. 75. L. 118. §. 2. D. d. V. O. XLV, 1.

14) Siehe L. ult. D. d. interdict. XLIII, 1.

15) Inst. IV, 8. Dig. IX, 4. Cod. III, 41.

16) Inst. IV, 9. Dig. IX, 1.

17) L. 6. §. 1. L. 7. D. d. his, qui notantur infam. III, 2.

Digitized by Google

populares actiones, wovon ein eigner Titel der Pandekten [18]) handelt, theils die **popularia interdicta** [19]).

9. Gleich dem eben erörterten Begriffe bezieht sich auf das Parteienverhältniß auch die Eintheilung der Klagen in **simplices**, bei deren Verhandlung Kläger und Beklagter einander durch bestimmte Functionen streng entgegengesetzt sind, weshalb denn auch in der Hauptsache immer nur der Beklagte verurtheilt werden kann, und in **duplices**, wobei gewissermaßen jeder Theil Kläger und Beklagter zugleich ist, dergestalt, daß gleichmäßig hinsichtlich eines jeden die Möglichkeit der Verurtheilung eintritt. Die Klagen der ersten Art bilden die Regel. Zu den Klagen der letzten Art, welche auch [20]) **mixtae actiones** genannt werden (ein Ausdruck, der sonst etwas ganz Anderes bedeutet, vgl. §. §. 137. 138.), gehören die **Theilungsklagen** und die **Interdicta retinendae possessionis** [21]). In den Quellen werden die Ausdrücke **simplex** und **duplex** nur in Bezug auf Interdicte gebraucht [22]).

10. Auf die Form des gerichtlichen Verfahrens gründet sich der Unterschied zwischen **ordinariis** und **extraordinariis actionibus** [23]). Auf jene findet das regelmäßige Verfahren Anwendung, von welchem bei diesen, die auch **persecutiones** genannt werden [24]), Abweichungen eintreten. Zur Zeit der classischen Juristen bestand das Eigenthümliche der **extraordinariae actiones** darin, daß über sie die ganze Verhandlung vor dem Magistrate geführt wurde, ohne Anordnung eines Judiciums. Vergl. §. 135.

11. Zuweilen steht von zwei Klagen die eine zur andern in dem Verhältnisse, daß sie nur dazu dient, diese vorzubereiten, mithin nur eine **praeparatoria actio** ist. Die vorzubereiten-

18) Dig. XLVII, 23. De popularibus actionibus.

19) L. 2. §. 34. D. ne quid in loco publico v. itinere fiat. XLIII, 8. L. 1. §. 9. D. ne quid in flumine publico. XLIII, 13. L. 3. §. 9. D. d. homine-libero exhibendo. XLIII, 29.

20) In der L 37. §. 1. D. h. t.

21) cit. L. 37. §. 1. L. 10. D. finium regundor. X, 1. §. 7. I. d. interdictis. IV, 15. L. 2. pr. D. eod. XLIII, 1.

22) S. cit. §. 7. I. u. cit. L. 2. pr.

23) L. 155. §. 1. D. d. R. J. L. 52. §. 2. D. d. A. E. V. XIX, 1. Inscr. Dig. XLIII, 1. De interdictis s. extraordinariis actionibus.

24) L. 178. §. 2. D. d. V. S.

Digitized by Google

de Klage pflegt dann von den Neueren **principalis actio** genannt zu werden. Auch in einer ganz andern Bedeutung kommt dieser Ausdruck vor [25]), indem die **principalis actio** der **contraria** entgegengesetzt wird (vergl. §. 140.). Dagegen bezeichnet eine andere Stelle [26]) die Hauptverhandlung durch: **directum judicium.**

12. Auf dem Verhältniß mehrerer Klagen zu einander beruht auch der Begriff einer **subsidiaria actio**, d. h. einer solchen, die nur dann angestellt werden kann, wenn keine andere zureicht [27]).

13. Gelegentlich kann aus Verträgen oder vertragsähnlichen Verhältnissen ein Dritter in Anspruch genommen werden, d. h. ein Solcher, auf welchen an sich genommen die zum Grunde liegende Verbindlichkeit keine Beziehung hat. Dies ist jedoch nur unter bestimmten Voraussetzungen zulässig, nach welchen die gegen den Dritten anzustellenden Klagen eigenthümliche Beinamen erhalten. So steht z. B. demjenigen, welcher an einen **Magister navis**, mit Rücksicht auf die demselben von dem **Exercitor navis** ertheilte Vollmacht, eine Sache verkauft hat, nach dem prätorischen Edicte die Wahl frei, ob er die **venditi actio** gegen den **Magister** oder gegen den **Exercitor** anstellen will; und thut er dies Letztere, so erhält die **venditi actio** den Beinamen **exercitoria** (vergl. §. 531.); dieser nämlich weis't auf die Voraussetzung hin, um derentwillen der Beklagte belangt werden darf, und die eben darin liegt, daß er als **Exercitor** zu dem eigentlichen Schuldner in einem eigenthümlichen Verhältnisse steht. Die Klage wird auf den **Exercitor** nicht *übertragen*, so daß der **Magister** gar nicht verpflichtet wäre, sondern die Verpflichtung des **Exercitor** *kommt* zu der Verpflichtung des **Magister** *hinzu*. Daher sagt **Paulus** [28]): «**non transfertur actio, sed adjicitur.**« Dieser Ausdruck hat die Veranlassung gegeben, daß man heutiges Tages in allen hierher gehörigen Fällen die

25) In L. 17. §. 1. D. commodati v. contra. XIII, 6.
26) L. 3. §. 13. D. ad exhib. X, 4.
27) §. 2. I. d. satisdat. tutor. I, 24. L. 1. pr. et §. 4. D. d. magistratib. conveniend. XXVII, 8.
28) In der L. 5. §. 1. D. d. exercitor. act. XIV, 1.

Digitized by Google

Voraussetzung, welche die Anstellung der Klage gegen den Dritten zulässig macht, eine **adjectitia qualitas**, und die darauf beruhende Klage selbst eine **Actio adjectitiae qualitatis** nennt [29]). Mehrere neuere Rechtsgelehrte geben indessen diesen Begriffen eine weitere Ausdehnung, indem sie jeden, eine persönliche Klage modificirenden Umstand, von welchem die Klage einen eigenthümlichen Beinamen erhält, als eine **adjectitia qualitas** ansehen. Dem gemäß rechnen sie z. B. auch die durch eine **Interrogatio in jure** vorbereiteten Klagen, welche deshalb den Beinamen **interrogatoriae** führen (vergl. §. 176.), zu den **Actionibus adjectitiae qualitatis** [30]).

§. 145.

c. Begründung und Zweck.

I. Begründung.

Jede Klage, wenn sie anders mit Erfolg soll angestellt werden können, setzt voraus, daß der Kläger ein Recht habe — und in der Regel [1]) wird ferner vorausgesetzt, daß er in diesem Rechte durch irgend einen Andern sich verletzt sehe. Endlich ist auch das noch erforderlich, daß das Recht ein klagbares Recht sei, d. h. ein solches, welches gerade auf dem Wege einer Klage und nicht etwa blos auf dem Wege einer Einrede geltend gemacht werden könne [2]). Die Existenz des Rechtes nun aber, welches vorausgesetzt wird, ist eine juristische Thatsache, die wiederum auf einem doppelten Grunde beruht. **Zuerst** wird vorausgesetzt, das Vorhandensein eines Rechtssatzes, wodurch an gewisse Ereignisse ein gewisses Recht als Folge angeknüpft wird. **Zweitens** wird vorausgesetzt, das Vorhandensein dieser Ereignisse selbst. Diese kann man das rein Factische nennen im Gegensatz gegen die juristische Thatsache, die in dem Vorhandensein des Rechts besteht, und auf der Subsumtion des rein Factischen unter den Rechtssatz beruht.

29) S. Glück, IV. S. 303. Mackeldey. §. 195.
30) S. Glück, XIV. S. 178. folg. Thibaut, Pand. §. 72.

1) Eine Ausnahme findet Statt bei den **Theilungsklagen**.
2) Beispiele hiezu liefert die Römische Ansicht von der Verbindlichkeit der Verträge.

Digitized by Google

Also jede Klage setzt ein Recht voraus. Dieses der Klage zum Grunde liegende Recht nennen die Neuern das **Fundamentum agendi**, den **Klaggrund**. Es ist nothwendig, daß dieser in der Klage bezeichnet werde. Dabei reicht es denn, wenn etwa von einem obligatorischen Rechte die Rede ist, noch nicht hin, daß der Kläger sich ein solches Recht nur im Allgemeinen beilegt, sondern er muß auch die **Causa debendi** insbesondere angeben [3]). Aus zwanzig Gründen kann ich möglicher Weise eine gewisse Summe Geldes von einem Andern zu fordern haben. Wollte ich nun, indem ich diese Summe einklage, mich nur überhaupt darauf berufen, daß ich das Geld vermöge eines obligatorischen Rechts zu fordern hätte, so würde die Vertheidigung des Beklagten und die richterliche Beurtheilung der Sache ganz ins Unbestimmte hineingeschoben. Der Kläger muß also das von ihm behauptete obligatorische Recht näher bezeichnen. Eben so muß nun aber ferner auch derjenige, der sich auf ein dingliches Recht stützt, natürlicher Weise angeben, **welches** dingliche Recht er sich beilege, ob Eigenthum, oder Servitut u. s. w. Dagegen hat er an und für sich nicht nöthig, den Erwerbsgrund anzugeben. Nur wenn der Beklagte die Angabe dieses Grundes verlangt, dann hält man den Kläger dazu verpflichtet. Gelegentlich kann es übrigens für den Kläger selbst vortheilhaft sein, die Art und Weise, wie sein Recht begründet worden, genau zu bezeichnen [4]).

II. Zweck.

Bei in rem actiones [5]) geht der Zweck zunächst dahin: der Kläger verlangt, daß sein Recht anerkannt werde. Von dieser Anerkenntniß wird denn nun aber in der Regel eine weitere Folge die sein, daß der Beklagte dieses oder jenes zu leisten habe, und daher geht der Zweck zuletzt dahin, daß der Beklagte in diese Leistungen verurtheilt werde. Bei persönlichen Klagen ist der Zweck unmittelbar auf eine gewisse Leistung von Seiten des

3) c. ult. X. d. libelli oblat. II, 3.

4) Rücksichtlich der dinglichen Rechte sind hier zu vergleichen **L. 11. §. §. 2. 5. D. d. exc. rei jud. XLIV, 2.** c. 3. in VI. d. sententia et re jud. II, 14. Siehe auch J. R. A. §. 40.

5) Zu welchen in dieser Beziehung auch die praejudiciales actiones zu rechnen sind.

Digitized by Google

Beklagten gerichtet. Um nun aber den Zweck, zu welchem geklagt wird, zu erreichen, muß der Kläger seiner Klage ein Gesuch, ein **Petitum**, beifügen. Dieses Gesuch muß dem vorhandenen Rechte und der vorhandenen Beeinträchtigung angemessen sein. Hiebei kommen besonders zwei Punkte in Betracht:

1. Der Kläger muß sich hüten, daß er nicht mehr fordert, als ihm zukommt, daß er sich also keiner **plus petitio** schuldig macht [6]). Fordert der Kläger zu viel, so hat das für ihn nachtheilige Folgen, deren nähere Bezeichnung aber nicht hierher gehört, sondern in den Proceß.

2. Häufig wird der Kläger außer demjenigen, was den eigentlichen Hauptgegenstand seines Ausspruches ausmacht, auch noch manche Nebenforderungen haben, er wird Zinsen, Früchte, Ersatz von Schaden, Ersatz der Proceßkosten in Anspruch nehmen können. Diese Nebenforderungen, inwieweit sie in besonderer Beziehung zu einer zu leistenden Sache stehen, faßt man zusammen unter dem Ausdruck »**Causa rei.**« Auf diese Nebenforderungen nun das Gesuch ausdrücklich mit zu richten, ist, wenn auch nicht gerade nothwendig, doch in jedem Falle rathsam. Es ist gerade nicht nothwendig, denn dasjenige, was dem Kläger nach den in den Acten vorliegenden Thatsachen, in Gemäßheit allgemeiner Rechtsgrundsätze gebührt, das muß der Richter ihm auch ungebeten, **ex officio** zuerkennen [7]). Aber immer ist es rathsam. Der Richter kann leicht Eines oder das Andere übersehen, und manche Nebenforderung ist von der Art, daß sie keine eigne Klage begründet. Ist auf eine solche Nebenforderung nicht bei Gelegenheit der Hauptforderung mit erkannt, so findet keine Nachforderung Statt. Dieses gilt namentlich von den Verzugszinsen [8]) und dasselbe von den Proceßkosten [9]).

6) §. 33. I. h. t. »— — — Plus autem quatuor modis petitur: re, tempore, loco, causa.« — — — Tit. Cod. III, 10. De plus petitionibus.

7) Hierauf beziehet sich unter Anderem der Tit. Cod. II, 12. Ut quae desint advocatis partium, judex suppleat.

8) L. 13. C. d. usur. IV, 32. L. 4. C. depositi. IV, 34.

9) L. 3. C. d. fructib. et litium expensis. VII, 51.

Digitized by Google

§. 146.

d. Willkühr im Gebrauch.

Der Regel nach ist es ganz und gar der Willkühr desjenigen, dem eine Klage zusteht, überlassen, ob er von seinen Klagerechten Gebrauch machen will oder nicht [1]). Die Regel ist jedoch nicht ohne Ausnahmen:

1. Derjenige, welcher gegen einen Andern eine Klage hat, kann zu einem Dritten in einem solchen Verhältnisse stehen, daß er schuldig ist, auf dessen Verlangen die Klage anzustellen, falls er es nicht etwa vorzieht, sie dem Dritten abzutreten [2]).

2. Es kann nun aber auch geschehen, daß Jemand von Seiten desjenigen selbst, gegen den er eine Klage hat, zu klagen aufgefordert wird, und ausnahmsweise dieser Aufforderung zu genügen genöthigt ist. Eine Aufforderung dieser Art bezeichnet man heutiges Tages mit dem Ausdruck »**Provocatio ad agendum**«, oder auch »**Provocatio**« schlechthin. Und zwar unterscheidet man dabei wieder zwischen einer *generellen* und einer *speciellen* Provocation. Unter jener versteht man eine solche, wodurch im Allgemeinen Alle zu klagen aufgefordert werden, welche Ansprüche zu haben vermeinen, entweder Ansprüche überhaupt, oder doch Ansprüche einer gewissen Art. Speciell nennt man dagegen die Provocation, wenn sie gegen eine bestimmte Person gerichtet ist.

Die generelle Provocation kommt unter andern vor im Concursproceß. Der Richter erläßt da im Interesse des Gemeinschuldners eine Aufforderung an sämmtliche Gläubiger, vor dem Ablauf eines gewissen Termines, ihre Forderung anzumelden und auszuführen, und wer dieser Aufforderung nicht nachkommt, der wird demnächst durch ein richterliches Decret von allem Antheil an der Concursmasse ausgeschlossen, er verliert zwar weder sein Recht an sich, noch auch im Allgemeinen die Befugniß, es durch eine Klage geltend zu machen, aber in dem gegenwärtigen Concursverfahren kann er es nicht. Eine solche generelle Provocation

1) L. un. C. ut nemo invitus agere vel accusare cogatur. III, 7.
2) Beispiele enthalten L. 2. §. 7. D. d. lege Rhodia d. jactu. XIV, 2. L. 13. §. 30. D. d. A. E. V. XIX, 1. L. 60. §. 5. D. locati cond. XIX, 2.

Digitized by Google

ist nun aber immer nur insofern wirksam, als sie von dem Richter verfügt worden. Und selbst der Richter kann dergleichen Aufforderungen nur in gewissen Fällen erlassen [3]).

Mit der speciellen Provocation hat es folgende Bewandtniß. Unter gewissen Voraussetzungen kann Jemand, gegen den ein Anderer eine Klage hat, oder zu haben vermeint, seiner Seits darauf klagen, daß der Andre mit seiner Klage hervortrete. Eine solche Klage nennt man Provocationsklage. Der Kläger heißt Provocant, der Beklagte Provocat. Man pflegt die Zulässigkeit eines solchen Verfahrens aus dem Römischen Rechte herzuleiten — man benennt sogar die einzelnen Fälle, in denen es Statt findet, nach dem Anfangsworte gewisser Stellen im Corpus juris civilis, wie wir weiterhin sehen werden. In der That aber ist dieses Verfahren in dem Römischen Rechte nicht begründet, sondern es beruht vielmehr auf dem Gerichtsgebrauche, der zum Theil durch die Reichsgesetze bestätigt worden ist.

Der Fälle übrigens, in welchen der Provocationsproceß Statt hat, sind zwei. Er findet Statt, zuerst in dem Fall, da Jemand sich berühmt, Ansprüche an mich zu haben. Dieses Berühmen bezeichnet man mit dem Ausdrucke Diffamation, und den, welcher sich berühmt, nennt man den Diffamanten. In einem solchen Falle nun kann ich meiner Seits gegen den Diffamanten darauf klagen, daß er die Wahrheit seiner Ansprüche darthue, daß er also mit seiner Klage gegen mich wirklich hervortrete. Dem Diffamanten wird alsdann von dem Richter aufgegeben, binnen einer bestimmten Frist seine Klage anzubringen, oder zu gewärtigen, daß ihm ewiges Stillschweigen werde auferlegt werden. Diese Provocation nun pflegt man herzuleiten aus L. 5. C. de ingenuis manumissis. VII, 14., und da diese mit dem Worte »Diffamari« anfängt, so nennt man die Provocation Provocatio ex lege diffamari [4]).

Der zweite Fall der Provocation ist dieser. Wenn ich fürchten muß, durch längeres Zögern von Seiten desjenigen, welcher möglicher Weise klagen kann, gewisse Einreden zu verlieren,

3) Vgl. Glück, VI. S. 482.

4) Cammerger. Ordn. 1555. Th. II. Tit. 25. J. R. A. §. 83.

Digitized by Google

oder auch nur diese Einreden in ihrer Wirksamkeit geschwächt zu sehen, so kann ich den Zögernden auffordern, gegenwärtig zu klagen. Ich will nur Eines anführen, um den Satz anschaulich zu machen. Denken wir uns z. B., es seien der Bürgen, die für einen Andern gutgesagt haben, mehre. Wird da Einer, wir wollen ihn A nennen, auf das Ganze belangt, so hat er die **Exceptio divisionis**. Dabei können aber nur die zahlungsfähigen Mitbürgen in Anschlag gebracht werden. Zögert nun der Gläubiger mit Anstellung der Klage, so kann es geschehen, daß über dieses Zögern einige Mitbürgen des A, oder vielleicht alle insolvent werden, und daß deshalb dem A die **Exceptio divisionis** nunmehr weniger Nutzen gewährt, oder wohl gar ganz wegfällt. Daher ist es dem A verstattet, den Gläubiger **ad agendum** zu provociren. Wenn aber in diesem oder einem andern ähnlichen Falle der Provocat der Forderung nicht genügt, so werden die Einreden des Provocanten für fortdauernd wirksam erklärt, und sie können daher, wenn späterhin der Provocat wirklich klagt, diesem mit eben dem Erfolge entgegengesetzt werden, wie wenn er gleich jetzt Klage erhoben hätte. Diese Provocation pflegt man abzuleiten aus der **L. 28. D. de fidejussoribus. XLVI, 1.**, und weil die Stelle mit den Worten »**si contendat**« anfängt, so nennt man die Provocation, von der hier die Rede ist, **Provocatio ex lege si contendat**. Auch diese **Provocatio** ist durch die (in Note 4.) angeführten Reichsgesetze bestätigt.

Ich muß übrigens bemerken, daß man die **Provocatio ex lege si contendat** auch noch in einem andern als dem hier bezeichneten Falle zu gestatten pflegt. Nämlich alsdann, wenn die Gefahr, welche der Provocant läuft, nicht in dem Verlust der Einrede selbst besteht, sondern nur in dem Verlust der dafür jetzt noch vorhandenen Beweismittel. Der Erfolg ist alsdann dieser, daß der Provocant auf jeden Fall schon jetzt zum Beweise seiner Einrede zugelassen wird. Diese Besorgniß, bei längerer Zögerung die für eine Einrede vorhandenen Beweismittel zu verlieren, wird vornehmlich da eintreten, wo der Beweis durch Zeugen geführt werden kann, diese aber alt oder schwächlich sind, oder im Begriff stehen, sich von dem Orte ihres ge-

Digitized by Google

genwärtigen Aufenthalts auf unbestimmte Zeit wegzubegeben u. s. w. Man kann sich jedoch in solchem Falle auch ohne Provocation helfen, indem man bei dem Richter geradezu darauf anträgt, die Zeugen der vorhandenen Gefahr halber abzuhören, ungeachtet es noch gar nicht zum Proceß gekommen ist. Man nennt das, einen Zeugenbeweis zum ewigen Gedächtniß antreten. Eben deshalb nun aber, weil man sich auf diese Weise helfen kann, sind Einige der Meinung, daß die Provocatio in einem solchen Falle unstatthaft sei. Denn, sagen sie, die Provocatio ex lege si contendat ist überhaupt nur ein subsidiäres Rechtsmittel, es muß also wegfallen überall, wo dem Betheiligten anderweitige Rechtsmittel zu Gebote stehen.

e. Uebergang auf und gegen den Erben *).

§. 147.

† INST. IV, 12. De perpetuis et temporalibus actionibus, et quae ad heredes et in heredes transeunt. — COD. IV, 17. Ex delictis defunctorum in quantum heredes conveniantur.

Die Regel ist, daß das Recht, eine Klage anzustellen, mit dem Tode des Berechtigten nicht erlischt, sondern auf dessen Erben übergeht: **Actiones ad heredes transeunt.**

Eben so ist es Regel, daß der Erbe eines Verstorbenen, gleich diesem selbst, belangt werden kann: **Actiones in heredes transeunt.**

Beide Regeln sind indessen nicht ohne Ausnahmen.

I. Ausnahmen von der Regel: **Actiones ad heredes transeunt.**

Auf Popularklagen findet die Regel, der Natur der Sache nach, keine Anwendung [1]).

Sonst sind ausgenommen:

1. Die Klage, welche der Prätor denjenigen verheißt, die, gegen die Bestimmungen des Edictes, ohne vorgängige Erlaubniß, in jus vocirt sind [2]).

*) Francke, Beiträge. Nr. 1. Vom Uebergang der persönlichen Klagen auf die Erben des Schuldners. (Ueber den §. 13. dieser Stelle siehe Glück, X. S. 401. 402.)

1) Conf. L. 5. §. 5. D. d. his, qui effuder. v. dejecer. IX, 3.

2) L. 4. §. 1. L. 24. D. d. in jus vocando. II, 4.

Digitized by Google

2. Die Klage, wodurch eine Schenkung, wegen Undankbarkeit des Beschenkten, widerrufen wird [3]).

3. Die Injuriarum actio [4]).

4. Die In factum actio wegen verhinderter Beerdigung [5]).

5. Die In factum actio wegen einer Calumnia [6]).

6. Die Inofficiosi querela. Indessen ist diese doch von der Regel nicht schlechthin ausgenommen. Auch der Erbe kann sie anstellen, sobald nur der Verstorbene die Anstellung derselben vorbereitet, oder auch nur den Vorsatz zu erkennen gegeben hat, die Querel anstellen zu wollen [7]). Ja, ist der Erbe ein Descendent des Verstorbenen, so bedarf es nicht einmal weder des Einen, noch des Andern [8]).

II. Ausnahmen von der Regel: Actiones in heredes transeunt.

Die Natur der Sache bringt es mit sich, daß in rem actiones und eben so die s. g. Actiones in rem scriptae, inwiefern sie in der Person des Beklagten Besitz oder Eigenthum voraussetzen, gegen den Erben, als solchen, nicht angestellt werden können, sondern nur insofern, als er selbst Besitzer oder Eigenthümer ist [9]).

Ferner ist es Grundsatz des Römischen Rechtes, daß Actiones ex delicto, oder quasi ex delicto gegen den Erben nicht angestellt werden können, außer in quantum ad eum pervenit [10]). Dabei wird jedoch nicht nur jeder Vortheil berücksichti-

3) L. 1. L. 7. L. ult. C. d. revocand. donat. VIII, 56.

4) L. 13. pr. D. d. injur. XLVII, 10. §. 1. I. h. t.

5) L. 9. D. d. religios. XI, 7.

6) L. 4. D. d. calumniator. III, 6.

7) L. 6. §. 2. L. 7. D. d. inofficios. test. V, 2. L. 5. C. eod. III, 28.

8) L. 31. L. 36. §. 2. C. eod.

9) L. 52. D. d. R. V. VI, 1. L. 55. D. eod. »Si possessor fundi ante judicium acceptum duobus heredibus relictis decesserit, et ex altero ex his, qui totum fundum possidebat, totus petitus fuerit, quin in solidum condemnari debeat, dubitari non oportet.« L. 1. §. 17. D. si quadrupes pauperiem etc. IX, 1. L. 42. §. 2. D. d. noxalib. act. IX, 4. »Hae actiones (noxales sc.) perpetuae sunt, locumque habent tamdiu, quamdiu servi dedendi facultatem habemus. Nec tantum nobis, verum etiam successoribus nostris competent. Item adversus successores: sed non quasi in successores, sed jure dominii — —.«

10) L. un. C. h. t. Conf. L. 5. pr. D. d. calumniator. III, 6. und L. 35. pr. D. d. O. et A. XLIV, 7. »In honorariis actionibus sic esse definiendum, Cassius ait, ut quae rei persecutionem habeant, hae

Digitized by Google

get, welcher aus der unerlaubten Handlung des Verstorbenen auf den Erben in der That übergegangen ist, gleichviel, ob der Erbe das ihm zu Theil Gewordene noch gegenwärtig besitzt, oder durch Consumtion zu besitzen aufgehört hat [11]); sondern auch dasjenige, dessen Uebergang auf den Erben dieser selbst dolo malo verhindert hat [12]). Uebrigens findet der Grundsatz, von welchem hier die Rede ist, Anwendung nicht nur auf poenales actiones (zu welchen denn insbesondere auch sämmtliche Popularklagen gehören, inwieweit sie keine Interdicte sind) [13]); sondern auch auf mixtae actiones [14]), und selbst auf solche Klagen, welche bloß reiperſecutorisch sind [15]).

Allerdings kommen Ausnahmen vor. Es gibt eine Actio ex maleficio, mit welcher die Erben selbst dann nicht belangt werden können, wenn sie aus dem Vergehen des Verstorbenen bereichert sind; das ist die Vi bonorum raptorum actio [16]). Eben so gibt es nun aber auch umgekehrt Actiones ex maleficio, welche gegen den Erben schlechthin, ganz mit demselben Erfolge, wie gegen den Verstorbenen, angestellt werden können. Dahin gehört die In factum actio wegen unbefugter Beerdigung [17]). Ferner die Condictio furtiva [18]). Gleiche Bewandt-

etiam post annum darentur, ceterae intra annum. Honorariae autem actiones, quae post annum non dantur, nec in heredem dandae sunt, ut tamen lucrum ei extorqueatur, sicut fit in actione doli mali et interdicto unde vi et similibus.‹ — —

11) L. 127. D. d. R. J. L. 17. D. quod met. c. gest. IV, 2.

12) L. 1. §. ult. L. 2. D. d. vi. XLIII, 16.

13) L. 1. pr. D. d. privat. delict. XLVII, 1. ›Civilis constitutio est, poenalibus actionibus heredes non teneri.‹ L. ult. D. d. popularib. act. XLVII, 23. Vgl. jedoch L. 38. D. eod. ›Sicuti poena ex delicto defuncti heres teneri non debeat, ita nec lucrum facere, si quid ex ea re ad eum pervenisset.‹ L. III. §. 1. D. d. R. J.

14) cit. L. III. §. 1. D. d. R. J. L. ult. §. ult. D. nautae, caupones etc. IV, 9. L. 5. §. 5. D. d. his, qui effuder. etc. IX, 3. §. 1. I. h. t.

15) L. 4. §. ult. L. 5. L. 6. L. 7. D. d. alienat. judic. mutand c. f. IV, 7. L. 26. D. d. dol. mal. IV, 3. L. 3. §. 5. D. si mensor fals. mod. XI, 6. L. 1. §. §. 5. 8. D. ne vis fiat ei, qui in poss. miss. est. XLIII, 4. L. 1. §. ult. D. d. vi. XLIII, 16. L. 2. C. unde vi. VIII, 4.

16) L. 2. §. ult. D. vi bonor. raptor. XLVII, 8. › — — Et ego puto, ideo praetorem non esse pollicitum in heredes in id, quod ad eos pervenit, quia putavit, sufficere condictionem.‹

17) L. 7. pr. D. d. religios. XI, 7.

18) L. 9. D. d. cond. furtiv. XIII, 1. L. 7. §. 2. D. eod. ›Condictio rei furtivae, quia rei habet persecutionem, heredem quoque furis obligat.‹ L. 1. pr. D. d. privat. delict. XLVII, 1.

Digitized by Google

niß hat es, nach dem Rechte der Pandekten [19]), mit der Rerum amotarum actio; allein nach einem Reſcripte Diocletians [20]) muß man behaupten, daß dieſe Klage gegen die Succeſſoren nur in quantum ad eos pervenit angeſtellt werden kann.

So verhält es ſich nach Römiſchem Rechte mit den Klagen, welchen eine Obligatio ex delicto oder quasi ex delicto zum Grunde liegt. Dagegen können andere perſönliche Klagen, namentlich die Klagen aus Contracten, gegen den Erben ganz eben ſo, wie gegen den Verſtorbenen angeſtellt werden, ſelbſt dann, wenn die Anſprüche des Klägers ſich auf einen Dolus des Verſtorbenen gründen [21]); außer inwieweit dieſe Anſprüche eine durch den Dolus des Verſtorbenen verwirkte Strafe zum Gegenſtande haben [22]).

Das Canoniſche Recht, welchem der Gerichtsgebrauch folgt, weicht von dem Römiſchen darin ab, daß reiperſecutoriſche Klagen aus Vergehungen, gegen den Erben inſoweit wenigſtens in solidum angeſtellt werden können, als der Erbe den Kläger aus der Erbſchaftsmaſſe zu befriedigen im Stande iſt [23]).

r. Verjährung *). (§. §. 148 - 155.)

† INST. IV, 12. De perpetuis et temporalibus actionibus etc. — DIG. XLIV, 3. De diversis temporalibus praescriptionibus, et de accessionibus possessionum. — COD. VII, 39. De praescriptione XXX vel XL annorum. VII, 40. De annali exceptione Italici contractus tollenda, et diversis temporibus et exceptionibus et praescriptionibus et interruptionibus earum.

19) L. 6. §. 4. D. rerum amotar. XXV, 2. (Paulus.)

20) L. ult. C. eod. V, 21.

21) L. 7. §. 1. D. depositi. XVI, 3. L. 12. L. 49. D. d. O. et A. XLIV, 7. »Ex contractu venientes actiones in heredes dantur, licet delictum quoque versetur, veluti cum tutor in tutela gerenda dolo fecerit, aut is apud quem depositum est.« — — L. 157. §. 2. D. d. R. J.

22) L. 1. §. 1. L. 18. D. depositi. XVI, 3. L. 1. §. 23. D. d. tutelae et rationibus distrahendis etc. actione. XXVII, 3. »Hanc actionem (de rationibus distrahendis) sciendum est perpetuam esse, et heredibus, similibusque personis dari ex eo, quod vivo pupillo captum est. Sed in heredem, ceterosque successores non dabitur, quia poenalis est.«

23) c. 14. X. d. sepultur. III, 28. c. 5. X. d. raptor. V, 17. c. 28. X. d. sentent. excommunicat. V, 39.

*) Vergl. oben §. 119. und unten §. §. 248 - 267.

Digitized by Google

§. 148.

a. Begriff und geschichtliche Einleitung.

I. Begriff.

Unter der Verjährung einer Klage versteht man die Aufhebung ihrer Wirksamkeit durch verspätete Anstellung. Diese verspätete Anstellung nämlich verschafft dem Beklagten eine Einrede (**Temporis exceptio, temporalis exceptio, temporis praescriptio, temporalis praescriptio**), welche die Abweisung des Klägers zur Folge hat.

II. Geschichtliche Einleitung.

A. Vorjustinianisches Recht.

In der früheren Zeit waren die **civiles actiones**, mit wenigen Ausnahmen, auf gar keine Zeit beschränkt; dagegen konnten unter den **honorariis actionibus** die meisten nur innerhalb einer kurzen Frist mit Erfolg angestellt werden. Die an keine Zeit gebundenen Klagen nannte man **perpetuae actiones**, eine Benennung, die auf sie im eigentlichsten Sinne paßte; die in ihrer Dauer beschränkten hießen **temporales actiones**.

In einer späteren Zeit kam unter dem Namen der **Longi temporis praescriptio** gegen **speciales in rem actiones**, namentlich gegen die Eigenthumsklage und gegen die hypothecarische Klage, eine **temporalis praescriptio** auf, welche zu ihrer Begründung, außer einem bestimmten Zeitverlaufe von zehn Jahren, wenn der Gegner anwesend, von zwanzig, wenn er abwesend gewesen war, in der Person des Beklagten einen eigenthümlich qualificirten, die gedachte Zeit hindurch ununterbrochen fortgesetzten Besitz erforderte. Wann die **Longi temporis praescriptio** eingeführt worden sei, läßt sich mit Bestimmtheit nicht angeben; nur soviel ist gewiß, daß sie in der Periode der classischen Juristen bereits bekannt war.

Unter den christlichen Imperatoren ward, schon vor Theodosius dem Jüngern, selbst mit dem nicht besonders qualificirten Besitze, wenn er vierzig oder auch nur dreißig Jahre gewährt hatte, das Recht einer Einrede gegen **speciales in rem**

Digitized by Google

actiones verbunden: Praescriptio XXX, Praescriptio XL annorum. Viel weiter ging nun aber Theodosius der Jüngere. Er verordnete [1]), daß der dreißigjährige Verlauf der Zeit nicht nur gegen speciales in rem actiones, sondern auch gegen in rem actiones wegen einer Universitas und gegen personales actiones eine Einrede begründen sollte. Diejenigen Klagen, welche schon früher temporales gewesen wären, sollten auf die ihnen ehedem angewiesene Zeit beschränkt bleiben; die übrigen aber fernerhin nach dem Ablaufe von dreißig Jahren mit Erfolg nicht mehr angestellt werden können, und sonach aufhören perpetuae zu sein. Nur zwei Klagen nahm Theodosius von dieser Regel aus, die hypothecarische Klage, inwiefern sie gegen den Schuldner gerichtet wird, und die Finium regundorum actio. Manche andere Ausnahme mochte eine unrichtige Interpretation geltend zu machen bemüht sein. Und so blieben noch immer Klagen übrig, welche man als perpetuae behandelte. Hierauf nun bezieht sich eine Verordnung des Kaisers Anastasius [2]), der zu Folge jede Klage, die in Gemäßheit des bis dahin geltenden Rechtes noch für eine perpetua möchte gehalten werden können, wenigstens mit dem Ablaufe von vierzig Jahren erlöschen sollte. In ein paar späteren Constitutionen [3]) bevorwortete Anastasius indessen, daß jene Verordnung nur auf privatrechtliche Klagen, nicht auf Verhältnisse des öffentlichen Rechtes zu beziehen sei. Ungeachtet der allgemeinen Fassung der angeführten (in Note 2.) ersteren Verordnung von Anastasius muß man nun aber doch die hypothecarische Klage, inwieweit sie gegen den Schuldner selbst angestellt wird, fortdauernd für unverjährbar gehalten haben. Dies erhellet aus einer Constitution des Justinus [4]), in welcher ausdrücklich festgesetzt wird, daß mit vierzig Jahren die hypothecarische Klage auch in diesem Falle erlöschen solle.

1) In der L. un. Th. C. d. actionibus certo tempore finiendis. IV, 14. (größten Theils übergangen in L. 3. C. d. praescr. XXX vel XL annor. VII, 39.)

2) L. 4. C. eod.

3) L. 5. u. L. 6. C. eod.

4) L. 7. C. eod.

Digitized by Google

B. Modificationen des vorjustinianischen Rechtes durch Justinians Gesetzgebung.

1. Die **Longi temporis praescriptio** findet gegen die Eigenthumsklage keine Anwendung mehr. Denn, sind die Voraussetzungen vorhanden, unter welchen der Beklagte, nach Grundsätzen des früheren Rechtes, eine **Longi temporis praescriptio** haben würde, so hat er, nach Justinianischem Rechte, das Eigenthum selbst erworben; der bisherige Eigenthümer aber hat es verloren, und hat eben deshalb überall keine Klage mehr.

2. Nach Justinianischem Rechte findet Eigenthumserwerb auch da Statt, wo, nach Grundsätzen des früheren Rechtes, der Besitzer einer fremden Sache nur eine **Praescriptio XXX vel XL annorum** haben würde, vorausgesetzt, daß er **bona fide** zu dem Besitze der Sache gelangt ist. Insofern fällt denn nun also gegen die Eigenthumsklage auch die **Praescriptio XXX vel XL annorum** weg.

3. Von der allgemeinen Regel der Verjährbarkeit aller privatrechtlichen Klagen kommen im Justinianischen Rechte zwei ausdrückliche Ausnahmen vor, die eine zu Gunsten der persönlichen Freiheit, beruhend auf einer in den Codex aufgenommenen Constitution von Constantin dem Großen [5]); die andere zu Gunsten des dem Grundeigenthümer gegen seine **Coloni** zustehenden Rechtes, beruhend auf einer Verordnung von Justinian selbst [6]).

4. Der **Finium regundorum actio**, welche nach vorjustinianischem Rechte, in Gemäßheit der unter A. angeführten Constitutionen von Theodosius dem Jüngeren und von Anastasius, vierzig Jahre währte, schreibt Justinian [7]) nur eine Dauer von dreißig Jahren zu.

5. Unter Justinians Constitutionen finden sich einige, wodurch die Verjährungsfrist in einzelnen Beziehungen über die Dauer von dreißig oder vierzig Jahren verlängert wird. S. §. §. 150. 151.

5) L. 3. C. de longi temporis praescriptione, quae pro libertate, et non adversus libertatem opponitur. VII, 22.

6) L. 23. pr. C. d. agricolis et censitis et colonis. XI, 47.

7) In der L. 1. §. 1. C. d. annali excepl. etc. VII, 40.

Digitized by Google

C. Resultat.

Die Regel in Beziehung auf die Verjährbarkeit der Klagen überhaupt ist diese: Alle privatrechtliche Klagen sind der Verjährung unterworfen. Von dieser Regel gibt es zwei ausdrückliche Ausnahmen (die vorhin unter B. 3. angeführten), die jedoch für das heutige Recht von keiner praktischen Bedeutung sind. Für eine dritte Ausnahme, welche bei den Theilungsklagen Statt findet, inwiefern sie Aufhebung der bestehenden Gemeinschaft oder Verwirrung zum Zwecke haben, läßt sich zwar keine ausdrückliche Stelle anführen; sie folgt aber von selbst theils aus dem Grundsatze: »In communione . . nemo compellitur invitus detineri« [8]), theils aus der Unstatthaftigkeit der Verewigung eines Zustandes der Verwirrung [9]).

In Beziehung auf die Länge des zur Verjährung erforderlichen Zeitverlaufes ist es Regel, daß keine Klage über dreißig Jahre währt, eben so wenig aber auch vor dem Ablaufe von dreißig Jahren wirksam zu sein aufhört. Diese Regel leidet indessen gar viele Ausnahmen, welche in den §. §. 150. u. 151. werden angegeben werden.

Uebrigens hat der Grundsatz von der Verjährbarkeit aller Klagen die Veränderung des Sprachgebrauches zur Folge gehabt, daß im Justinianischen Rechte unter perpetuis actionibus nicht mehr solche Klagen verstanden werden, welche unverjährbar sind, sondern diejenigen, welche dreißig Jahre oder länger währen. Und so bezeichnet denn auch der Ausdruck temporales actiones nicht mehr alle und jede verjährbare Klagen, sondern nur diejenigen, welche in kürzerer, als dreißigjähriger Frist verjähren [10]).

β. Erfordernisse.

§. 149.

a. Von den Erfordernissen im Allgemeinen.

1. Vor Allem ist es nothwendig, daß derjenige, der eine Klage durch Verjährung verlieren soll, das Recht, worauf die

8) L. ult. C. communi divid. III, 37.

9) Die ausführlichere Begründung dieses Satzes im nächsten Paragraphen.

10) Vergl. pr. I. d. perpet. et temporalib. actionib. IV, 12.

Klage sich bezieht, welches durch sie geltend gemacht werden soll, schon gegenwärtig habe. So lange das Recht noch nicht vorhanden ist, kann auch von keiner anzustellenden Klage, und somit auch von keiner Verjährung dieser Klage die Rede sein. Z. B. Jemand hat sich gegen mich unter einer Bedingung vertragsmäßig verpflichtet. Ehe und bevor die Bedingung erfüllt ist, habe ich kein Recht und keine Klage gegen ihn, und so kann auch rücksichtlich der Klage der Lauf der Verjährung für jetzt noch nicht einmal seinen Anfang nehmen [1]).

2. Das Vorhandensein des Rechts ist noch nicht hinreichend, damit der Lauf der Verjährung seinen Anfang nehme. Es wird überdies vorausgesetzt, daß das Recht verletzt sei. In der Regel werde ich erst dann zu klagen befugt sein. Z. B. ich kann schon jetzt eine Forderung haben, aber mein Schuldner ist mir ex die verpflichtet. Hier werde ich erst dann in meinem Rechte verletzt sein, wenn der Zahlungstag abgelaufen ist, ohne daß die Zahlung erfolgte, erst dann auch werde ich mit Erfolg klagen können. Früher wird demnach der Lauf der Verjährung nicht beginnen können, mit der eingetretenen Verletzung aber wird er seinen Anfang nehmen.

Von dem bisher Gesagten machen nun aber in mehr, als Einer Beziehung die Theilungsklagen eine Ausnahme. Ich will fürs Erste bei den eigentlichen Theilungsklagen stehen bleiben, nämlich bei der **Familiae herciscundae actio** und bei der **Communi dividundo actio**. Ueber diese muß ich indessen, ehe ich auf das komme, was uns dabei gegenwärtig zunächst interessirt, Folgendes im Allgemeinen vorausschicken. Sie setzen jederzeit eine Gemeinschaft voraus. Aus dieser geht hervor einmal die Verpflichtung, sich Aufhebung der Gemeinschaft gefallen zu lassen, sodann die Verbindlichkeit zu gewissen andern persönlichen Leistungen. Jeder nun ist in jedem Augenblick berechtigt, sich der angemessenen Theilungsklage zu bedienen, um Aufhebung der Gemeinschaft zu bewirken, und bei der Gelegenheit kommen denn die anderweitigen persönlichen Leistungen mit zur Sprache. Indessen können gelegentlich die Theilungsklagen auch bloß wegen

1) L. 7. §. §. 4. 6. C. d. praescr. XXX vel XL annor. VII, 39.

Digitized by Google

dieser anderweitigen Leistungen gebraucht werden, ohne daß zugleich Theilung verlangt würde. Dies vorausgeschickt komme ich nun auf den Punkt, welcher insbesondere hier gerade zu berücksichtigen ist. Ich sagte: Jeder kann jeden Augenblick auf Theilung klagen, selbst ohne Weigerung von Seiten der Uebrigen. Es kann ihm daran liegen, die Gemeinschaft gerade durch den Richter aufgehoben zu sehen. Allein ist gleich für mich, der ich mich in der Gemeinschaft befinde, auch ohne Verletzung die Möglichkeit zu klagen vorhanden, so fehlt es für mich doch an einer Nöthigung zu klagen, so lange keiner meiner Genossen mir zu nahe tritt. Und so werden wir denn unsern Grundsatz auch auf die Theilungsklagen anwenden und behaupten müssen, daß von einer Verjährung dieser Klagen so lange gar nicht die Rede sein könne, als die Genossen in Eintracht die unter ihnen bestehende Gemeinschaft fortsetzen.

Auf der andern Seite folgt nun aber allerdings aus unserm Grundsatze auch dieses: Sobald jene Eintracht aufhört, sobald eine Verletzung eintritt, so nimmt der Lauf der Verjährung seinen Anfang. So müssen wir unserm Grundsatz zu Folge sagen. Dennoch aber ist dies nicht allgemein, sondern nur in einer gewissen Beziehung richtig — und zwar aus ganz besondern Gründen, die nur eben auf die Theilungsklagen Anwendung finden. Nämlich: Denken wir uns, der unter den Genossen bestehende gesetzmäßige Zustand wird dadurch gestört, daß sich Einer derselben einer einzelnen Leistung entzieht, daß er sich z. B. weigert, einem Andern, welcher auf die gemeinschaftliche Sache Kosten aufgewandt hat, diese pro rata zu ersetzen. Dann beginnt für die Theilungsklage in dieser Beziehung allerdings der Lauf der Verjährung. Und soll durch die Theilungsklage nach Ablauf der Verjährungsfrist der Anspruch auf diese einzelne Leistung geltend gemacht werden, so wird derjenige, gegen welchen der Anspruch gerichtet ist, sich mit der Einrede der Verjährung schützen können. Anders, wenn nicht von einzelnen persönlichen Leistungen, sondern von der Aufhebung der Gemeinschaft die Rede ist, von demjenigen also, worin der Hauptzweck der Theilungsklage besteht. Angenommen z. B., A und B haben gemeinschaftlich das

Digitized by Google

Eigenthum an einer Sache. A verlangt Theilung; B widerspricht; er will sich zu keiner Theilung verstehen. A aber, statt nun sogleich auf Theilung zu klagen, thut dies erst nach Ablauf von dreißig Jahren. Hier wird B die vor dem Richter zu bewerkstelligende Theilung durch die Einrede der Verjährung nicht abwenden können. Und zwar aus dem Grunde: die Gesetze sind der Verewigung der Gemeinschaft durchaus entgegen. Es ist Grundsatz, daß Niemand wider seinen Willen gezwungen werden soll, in einer bestehenden Gemeinschaft zu verharren. Ein Vertrag, daß die Gemeinschaft nicht solle aufgehoben werden dürfen, ist eben deshalb null und nichtig. Daher kann es denn auch nicht gestattet werden, daß die Gemeinschaft durch Verjährung verewigt werde. Vielmehr müssen wir sagen: Inwieweit die Theilungsklagen auf Theilung gerade abzwecken, insoweit sind sie unverjährbar. Dies müssen wir sagen, obschon sich dafür keine ausdrückliche Stelle anführen läßt. Die allgemeinen Grundsätze über die Gemeinschaft bringen es nothwendig mit sich. So verhält es sich mit der eigentlichen Theilungsklage.

Aber was ich von dieser gesagt habe, findet analoge Anwendung auch auf die **Finium regundorum actio**. Diese Klage beruht nicht auf der Voraussetzung einer Gemeinschaft, sondern auf der Voraussetzung einer Verwirrung von Grenzen. Sie wird aber nach denselben Grundsätzen beurtheilt, wie die eigentlichen Theilungsklagen. Und insbesondere muß man sagen: Es ist durchaus unstatthaft, daß eine bestehende Grenzverwirrung verewigt werde. Also: inwiefern die **Finium regundorum actio** die Aufhebung einer solchen Verwirrung bezweckt, insofern muß auch sie als unverjährbar betrachtet werden.

3. Die Verjährung einer Klage erfordert den Ablauf einer bestimmten Frist, ohne daß weder Unterbrechung dazwischen tritt, noch auch Stillstand. Was nun die Länge dieser Frist anbetrifft, so ist im Allgemeinen bereits bemerkt worden, daß in der Regel ein Ablauf von dreißig Jahren vorausgesetzt wird. Das Nähere über Unterbrechung und Stillstand wird im §. 152. vorgetragen werden.

4. Inwiefern die Anstellung einer dinglichen Klage in der

Digitized by Google

Person des Gegners Besitz voraussetzt, insofern ist zur Verjährung das allein noch nicht hinreichend, daß die gesetzlich bestimmte Frist verflossen ist, ohne daß die Klage angestellt worden, sondern es wird überdies erfordert, daß der Gegner seinerseits während jener Frist ununterbrochen im Besitze gewesen sei [2]). Angenommen daher, ich bin dreißig, ja vierzig Jahre außer dem Besitz eines mir gehörenden Grundstücks gewesen, jedoch ohne daß ich darum aufgehört hätte Eigenthümer zu sein. Dieses Grundstück befindet sich seit zehn Jahren in den Händen des B, während es früher von dem A besessen wurde. Jetzt stelle ich gegen den B die Rei vindicatio an. Wird B mir hier entgegnen können, daß meine Klage verjährt sei? Keineswegs. Nicht seit dreißig oder vierzig, sondern erst seit zehn Jahren ist er gerade im Besitz. Erst seit dieser Zeit konnte ich gegen ihn klagen. Nur wird hierbei freilich vorausgesetzt, daß nicht etwa Gründe vorhanden sind, welche eine Zusammenrechnung des Besitzes des A mit dem Besitze des B gestatten, vorausgesetzt also, daß keine Accessio possessionis Statt finde [3]).

5. Kommt in Betracht das Erforderniß der bona fides von Seiten desjenigen, der sich auf die Verjährung berufen will. Ob und inwieweit diese Statt finde, davon §. 153.

b. Insbesondere

aa. Ueber die Ausnahmen von dem regelmäßigen Erforderniß eines dreißigjährigen Zeitverlaufes.

§. 150.

1. Längere oder kürzere Dauer einzelner Klagen.

I. Klagen, welche von der Regel schlechthin ausgenommen sind.

A. Länger, als dreißig Jahre, währt nur Eine Klage, die Klage auf Wiedererstattung desjenigen, was auf den Grund eines verbotenen Spieles gezahlt ist. Diese dauert, nach einer Justinianischen Constitution [1]), funfzig Jahre.

2) L. 8. §. 1. C. eod.

3) Auf diese beziehen sich L. 14. pr. et §. §. 1. 2. L. 15. §. §. 1. 6. L. 6. §. 1. D. d. divers. temporal. praescript. etc. XLIV, 3. L. 14. C. d. fund. patrimonial. XI, 61.

1) L. 3. C. d. aleatorib. III, 43.

Digitized by Google

B. Klagen, welche in kürzerer, als dreißigjähriger Frist verjähren.

a. Civiles actiones.

1. Die Klage, womit Rechnungen eines städtischen Beamten, welche bereits als richtig anerkannt sind, von der Stadtgemeinde angefochten werden können, währt gegen den Beamten selbst nur zwanzig, gegen dessen Erben nur zehn Jahre [2]).

2. Die Klagen des Fiscus zur Geltendmachung von Vermögensansprüchen, die durch Vergehungen begründet sind, dauern nicht über zwanzig Jahre [3]). Die Klage des Fiscus in Bezug auf Commissa währt gar nur fünf Jahre [4]).

3. Die Inofficiosi querela ist gleichfalls auf fünf Jahre beschränkt [5]), eine Bestimmung, die analoger Weise auch auf die s. g. Querela inofficiosae donationis angewandt wird [6]).

4. Die Klage des Fiscus in Bezug auf Bona vacantia erlischt mit dem Ablaufe von vier Jahren [7]).

5. Die Entschädigungsklage derjenigen, welche durch eine Veräußerung von Seiten des Fiscus, oder des Regenten, oder der Gemahlin des Regenten das Eigenthumsrecht an der veräußerten Sache, oder Pfandrechte daran eingebüßt haben, währt ebenfalls nur vier Jahre [8]).

Viele rechnen hierher auch noch die persönliche Klage auf Bestellung des Nießbrauches, indem sie der Meinung sind, daß diese Klage von Justinian [9]) auf ein longum tempus, also auf eine Zeit von zehn oder zwanzig Jahren beschränkt worden sey; wogegen Andere richtiger, wie es scheint, in der gedachten Bestimmung nur eine Andeutung davon finden wollen, daß ein bereits vorhandener Nießbrauch durch zehn- oder zwanzigjährigen Nichtgebrauch verloren gehe.

2) L. 13. §. 1. D. d. divers. temporal. praescr. XLIV, 3.
3) L. 13. pr. D. eod. L. 2. §. 1. L. 3. L. 4. §. 1. D. d. requirend. v. absentib. damnand. XLVIII, 17. L. 1. §. 3. D. d. J. F. XLIX, 14.
4) L. 2. C. d. vectig. et commiss. IV, 61.
5) L. 34. C. d. inofficioso test. III, 28.
6) Vgl. L. ult. C. d. inofficios. donat. III, 29.
7) L. 10. §. 1. D. d. divers. temporal. praescript. XLIV, 3. L. 1. §. 2. D. d. J. F. XLIX, 14. L. 1. C. d. quadriennii praescript. VII, 37.
8) L. 2. pr. L. 3. C. eod. §. ult. I. d. usucap. II, 6.
9) Durch L. 16. §. 1. C. d. usufr. III, 33.

Digitized by Google

b. Honorariae actiones.

α. Die bloß reipersecutorischen sind im Ganzen, gleich den Civilklagen, perpetuae [10]). Nur einige gibt es, deren Dauer unter dreißig Jahren ist. Nämlich:

1. Das Gesuch der Erbschaftsgläubiger um Separation des Nachlasses von dem eigenen Vermögen des in Concurs verfallenen Erben muß innerhalb der ersten fünf Jahre nach erfolgtem Erwerbe der Erbschaft angebracht werden [11]).

2. Die In factum actio wegen einer Alienatio judicii mutandi causa facta ist auf einen Annus utilis beschränkt [12]). Und zwar gilt dies auch noch im Justinianischen Rechte; wiewohl Viele, indem sie die bloß von eigentlichen Restitutionen geltende L. ult. C. d. temporib. in integr. restitut. II, 53. auch auf diese Klage beziehen, der Meinung sind, daß dieselbe nach Justinianischem Rechte nicht mehr mit dem Ablaufe eines Annus utilis, sondern mit dem Ablaufe eines Quadriennium continuum verjähre.

3. Nach den Bestimmungen des Edictes währt gleichfalls einen Annus utilis die De dolo actio; Constantin der Große aber hat die Dauer dieser Klage auf ein Biennium continuum gesetzt [13]).

4. Derjenige, welcher auf den Grund des prätorischen Edictes in Form einer Klage um In integrum restitutio nachsuchen will, muß, dem Edicte zu Folge, sein Gesuch intra annum utilem anbringen [14]), mit Ausnahme allein des Falles, da Jemand wegen Capitis deminutio um Restitution nachsuchen will: Hier hat er dreißig Jahre Zeit [15]). Justinian hat nun aber hierin Folgendes geändert: im Allgemeinen soll die Stelle des Annus utilis ein Quadriennium continuum vertreten [16]); nur ein Suus, der während der Minderjährigkeit abstinirt hat, und, um sich immisciren zu können, restituirt zu werden begehrt,

10) L. 35. pr. D. d. O. et A. XLIV, 7. (S. ob. §. 147. Not. 9.)
11) L. 1. §. 13. D. d. separation. XLII, 6.
12) L. 6. D. ibid. IV, 7.
13) L. ult. C. d. dolo malo. II, 21.
14) L. 19. D. d. minorib. IV, 4. L. 1. §. 1. D. ex quib. caus. major. IV, 6.
15) L. 2. §. ult. D. d. capit. minut. IV, 5.
16) L. ult. C. d. temporib. in integr. restit. II, 53.

Digitized by Google

scheint mit diesem Gesuche später noch, und zwar während eines Zeitraumes von sieben Jahren nach erlangter Großjährigkeit, gehört werden zu sollen [17]).

5. Unter den ädilizischen Klagen währt die **Quanti minoris actio** einen **Annus utilis**, die Klage auf das Interesse wegen nicht geleisteter Sicherheit aber, und eben so die **Redhibitoria actio**, nur sechs **menses utiles**. Ja, wenn wegen nicht geleisteter Sicherheit, oder wegen zurückbehaltenen Schmucks eines verkauften Thieres auf Redhibition geklagt werden soll, so muß die Klage innerhalb zweier **menses utiles** angestellt werden. Die zuletzt bezeichnete Frist gilt, bei Thieren, auch für die Klage auf Ablieferung des Schmuckes [18]).

β. Bei den **honorariis actionibus**, welche auf Strafe gehen, ist es Regel: sie währen, inwieweit dies der Fall ist, nur einen **Annus utilis** [19]). Daher können, nach Ablauf eines Jahres, mit Erfolg die **poenales actiones**, mithin auch die **populares** [20]), gar nicht mehr, die **mixtae** aber nur noch auf Ersatz angestellt werden [21]). Von dieser Regel ist, soviel die Pönalklagen betrifft, nur Eine ausgenommen, die **Manifesti furti actio**, welche **perpetua** ist [22]).

Unter den **mixtis actionibus** finden sich mehrere, welche, auch rücksichtlich der Strafe, noch **post annum utilem** mit Erfolg angestellt werden können, nämlich: 1. Die Klage des Deponenten bei einem s. g. **Deposito miserabili** [23]). — 2. Die **Servi corrupti actio** [24]). — 3. Die Klage auf das Doppelte, welche dem Reisenden wegen Entwendung, Beschädigung oder Vernichtung seiner Effecten gegen den Schiffer oder den Wirth zusteht [25]). — Noch eine Ausnahme von der hier aufgestellten Regel wird vorkommen unter II, F.

17) L. ult. C. d. repudianda v. abstin. heredit. VI, 31.
18) L. 19. §. ult. L. 28. L. 38. pr. D. d. aedilit. edicto et redhibitione et quanti minoris. XXI, 1.
19) L. 35. pr. D. d. O. et A. XLIV, 7. (Vgl. ob. Note 10.)
20) L. ult. D. d. popularib. act. XLVII, 23. (S. ob. §. 141. Nr. 8.)
21) pr. I. h. t. L. 14. §. 1. D. quod met. c. gest. IV, 2.
22) pr. I. h. t.
23) L. 18. D. depositi. XVI, 3.
24) L. 13. pr. D. d. servo corrupto. XI, 3.
25) L. ult. §. ult. D. nautae caupones etc. IV, 9.

Digitized by Google

II. Klagen, welche von der Regel nur in bestimmten Beziehungen abweichen.

Hierher gehören:

A. Die den Status betreffenden Klagen. Nach dem Tode eines Menschen kann dessen Status nur noch in den ersten fünf Jahren angefochten werden [26]).

B. Die Hypothecaria actio. Die Beziehungen, in welchen diese Klage von der Regel abweicht, sind folgende: 1. Ist der Beklagte der Schuldner selbst, so kann er sich nur mittelst einer Praescriptio XL annorum schützen. 2. Ist der Beklagte ein Dritter und zwar ein Solcher, der die verpfändete Sache in der Eigenschaft eines Pfandgläubigers besitzt, so kann er der Klage nur eine Praescriptio XL annorum entgegensetzen: ausgenommen den Fall, da er erst nach dem Tode des Schuldners belangt wird; alsdann sind, inwieweit nur eben der Besitzstand seit des Schuldners Tode in Anschlag gebracht werden soll, schon dreißig Jahre zur Begründung einer temporalis exceptio hinreichend. 3. Ist der Beklagte nicht der Schuldner, und besitzt er die verpfändete Sache auch nicht als Pfandgläubiger, sondern als Eigenthümer, so hat er, Falls er ex justa causa und bona fide besitzt, ohne von dem Pfandrechte des Klägers unterrichtet zu sein, schon nach zehn oder zwanzig Jahren eine Temporis exceptio; er kann sich also mittelst einer Longi temporis praescriptio schützen [27]).

C. Die De peculio actio. Nach aufgehobener Gewalt kann gegen den ehemaligen Inhaber derselben de peculio mit Erfolg nur noch intra annum utilem geklagt werden [28]).

D. Gewisse Interdicte, mit welchen derjenige, welcher früher in solidum hätte belangt werden können, post annum utilem nur in quantum ad eum pervenit in Anspruch genommen

26) Tituli Dig. XL, 15. et Cod. VII, 21. Ne de statu defunctorum post quinquennium quaeratur. S. insbesondere L. 1. pr. et §. 4. D. tit. cit.

27) Tit. Cod. VII, 36. Si adversus creditorem praescriptio opponatur. L. 5. §. 1. D. d. divers. temporal. praescr. XLIV, 3. L. ult. C. d. O. et A. IV, 10. L. 3. L. 7. pr. et §. §. 1. 2. L. 8. pr. et §. 1. C. d. praescript. XXX v. XL annor. VII, 39.

28) L. 1. pr. D. quando de peculio actio annalis est. XV, 2.

Digitized by Google

werden kann [29]). Dies ist der Fall 1. bei dem Interdicto uti possidetis [30]), und, nach Justinianischem Rechte, wegen der Gleichstellung mit diesem, auch bei dem Interdicto utrubi; 2. bei dem Interdicto unde vi [31]); 3. bei dem Interdicto quod vi aut clam [32]).

E. Die Pauliana actio. Mit dieser verhält es sich, wie mit den eben angeführten Interdicten [33]). Viele halten jedoch dafür, daß auch hier die L. ult. C. d. temporib. in integr. restitut. II, 53. (vergl. I, B, b, α, 2.) Anwendung finde, und daß es sonach bei der Pauliana actio, soviel das Justinianische Recht betrifft, nicht auf einen Annus utilis, sondern auf ein Quadriennium continuum ankomme.

F. Die In factum actio wegen Schadens, welcher durch Ausgießen oder Hinunterwerfen angerichtet ist. Diese ist, wenn sie wegen Tödtung eines freien Menschen angestellt wird, auf einen Annus utilis beschränkt; eben so wenn wegen Verwundung eines freien Menschen von einem Andern, als dem Verwundeten selbst, geklagt wird. Außerdem ist sie perpetua, und zwar kann sie selbst in den Fällen, wo sie auf das Doppelte geht, noch post annum utilem auf Strafe sowohl, als auf Ersatz angestellt werden, gegen die sonstige Regel der prätorischen mixtae actiones [34]). (Vergl. I, B, b, β.) Ob dasjenige, was von dieser prätorischen Klage gilt, auf die ihr ähnliche ädilizische Klage wegen Beschädigungen durch Thiere [35]), analoge Anwendung finde, ist zweifelhaft.

Die, ehedem wenigstens, in manchen Gerichten angenommene Meinung, daß die Hereditatis petitio, wenn sie von den Descendenten des Verstorbenen oder deren Erben angestellt werde, in Ermangelung eines Testamentes, neunzig, im Fall aber

29) L. 4. D. d. interdict. XLIII, 1. »Ex quibus causis annua interdicta sunt, ex his de eo, quod ad eum, cum quo agitur, pervenit, post annum judicium dandum, Sabinus respondit.«

30) L. 1. pr. D. uti possidetis. XLIII, 17.

31) L. 1. pr. et §. 39. D. de vi. XLIII, 16.

32) L. 15. §. 3. D. quod vi aut clam. XLIII, 24.

33) L. 1. pr. L. 10. §. 24. D. quae in fraud. creditor. XLII, 8.

34) L. 5. §. 5. D. d. his, qui effuder. IX, 3.

35) L. 42. D. d. aedilit. edict. XXI, 1.

Digitized by Google

des Vorhandenseins eines Testamentes, hundert und zwanzig Jahre dauere, beruht auf den handgreiflichsten Irrthümern.

§. 151.

2. Besondere Begünstigung gewisser Personen.

Gewisse theils physische, theils juristische Personen genießen des eigenthümlichen Vorrechtes, daß Klagen, welche ihnen zustehen, deshalb gerade, weil sie das Subject derselben sind, längere Zeit währen, als außerdem der Fall sein würde.

In die Reihe dieser Personen gehören:

1. Die Minderjährigen. Vor Justinian verhielt es sich in Hinsicht dieser folgender Maßen: Die Zeit, während welcher der Kläger unmündig gewesen war, durfte bei Berechnung des für die Verjährung erforderlichen Zeitverlaufes in keinem Fall in Anschlag gebracht werden, nicht einmal bei der **Praescriptio XXX vel XL annorum** [1]). Gegen den Mündigen aber war während der Minderjährigkeit die Wirkung des Zeitverlaufes gehemmt nur in Beziehung auf die **Longi temporis praescriptio** [2]), und in Beziehung auf die der **Inofficiosi querela** entgegenzusetzende **Quinquennii praescriptio** [3]). Jede andere Klage eines Minderjährigen, welcher die Jahre der Mündigkeit bereits erreicht hatte, war der Verjährung ganz eben so unterworfen, wie bei Großjährigen; aber man kam dem Minderjährigen in solchen Fällen, die überhaupt Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zuließen, durch diese zu Hülfe. Dies frühere Recht hat Justinian [4]) dahin abgeändert: in den für die Restitution geeigneten Fällen soll gegen Minderjährige überhaupt, während der Dauer der Minderjährigkeit, die Verjährung gehemmt sein. Die Beschränkung dieser Vorschrift auf die für die Restitution geeigneten Fälle schließt die Anwendung derselben auf die Verjährung von dreißig oder vierzig Jahren schon an sich aus; Justinian hebt es indessen in der angeführten Constitution über-

1) L. 3. L. 7. pr. et §. 1. C. d. praescript. XXX vel XL annor. VII, 39.

2) L. 3. C. quib. non objicit. longi tempor. praescr. VII, 35.

3) L. 2. C. in quib. causis in integr. restit. necessaria non est. II, 41.

4) In der L. ult. C. eod.

Digitized by Google

dies noch ausdrücklich hervor, daß hinsichtlich der **Exceptiones XXX vel XL annorum** Alles beim Alten bleiben solle.

2. Der Fiscus, der Regent und dessen Gemahlin [5]). Außer Zweifel ist die Begünstigung nur bei Klagen in Bezug auf **Fundos patrimoniales**; diese erlöschen nicht schon in dreißig, sondern erst in vierzig Jahren [6]). Ein Gleiches pflegt man indessen bei allen **perpetuis actionibus** anzunehmen.

3. Kirchen und milde Stiftungen. Vor Allem kommt hier in Betracht eine Justinianische Constitution [7]) v. J. 528, also aus einer Zeit, wo das Reich noch auf den Orient beschränkt war, und Justinians Verordnungen auch nur in diesem gesetzliche Kraft haben konnten. In jener Constitution nun legte der Kaiser gewissen Klagen der Kirchen und milden Stiftungen eine Dauer von hundert Jahren bei. Nachdem aber später ein Theil des Occidents wieder erobert war, ertheilte Justinian im J. 535 in einer besonderen, nur die abendländischen Kirchen betreffenden Verordnung [8]), auch diesen das Vorrecht einer hundertjährigen Dauer der Klagen, und zwar in einem noch größeren Umfange, als es früherhin die Kirchen des Orients erhalten hatten; denn die Novelle spricht von Klagen überhaupt, nicht bloß von gewissen Klagen. In der Folge der Zeit änderte sich indessen die Ansicht des Kaisers. Er hob in einer Verordnung v. J. 541 das den Kirchen und milden Stiftungen verliehene Privilegium einer hundertjährigen Verjährung auf [9]); Kirchen und milde Stiftungen sollten fortan in Hinsicht der **temporales actiones** gar nicht, in Ansehung der **perpetuae** aber nur insoweit begünstiget sein, daß ihnen nicht schon nach dreißig, sondern erst nach vierzig Jahren die Einrede der Verjährung sollte entgegengesetzt werden können. Einige Jahre später erweiterte jedoch Justinian [10]) dieses Vorrecht dahin, daß gegen Kirchen und milde Stiftungen auch die Einrede des zehn- oder zwanzigjährigen Zeitverlaufes wegfallen, und ihnen, statt deren, erst

5) Vgl. L. 6. §. 1. D. d. J. F. XLIX, 14.
6) L. 14. C. d. fund. patrimon. XI, 61.
7) L. 23. C. d. sacros. eccles. I, 2.
8) der Nov. 9.
9) in Nov. 111.
10) in der Nov. 131. c. 6., v. J. 545.

Digitized by Google

nach vierzig Jahren die Einrede der Verjährung solle entgegengesetzt werden können. Hieraus ergibt sich, daß die **Auth. Quas actiones. C. d. sacros. eccles. I, 2.** mit dem Resultate der Justinianischen Gesetzgebung insofern nicht übereinstimmt, als sie der **Romana ecclesia** fortdauernd das Vorrecht einer hundertjährigen Verjährung beilegt. Wohl aber hat die Römische Kirche dieses Vorrecht nach Canonischem Rechte [11]).

4. In einer früheren Verordnung [12]) hatte Justinian die Städte den Kirchen und milden Stiftungen gleichgestellt, also gewissen Klagen auch zu ihrem Vortheile eine hundertjährige Dauer beigelegt. In der **Nov. CXI.** aber hat er das Privilegium einer hundertjährigen Verjährung schlechthin aufgehoben, und das der vierzigjährigen nur den Kirchen und milden Stiftungen verliehen. Nach dem neuesten Justinianischen Rechte sind daher Städte in Beziehung auf die Verjährung der ihnen zuständigen Klagen gar nicht privilegirt.

§. 152.

bb. Ueber Stillstand und Unterbrechung der Verjährung.

Vor Allem kommt es darauf an, die Begriffe von Unterbrechung und Stillstand zu bestimmen.

Unter der Unterbrechung der Verjährung versteht man jedes Ereigniß, wodurch der bereits begonnene Lauf der Verjährung ganz und gar abgebrochen wird, so daß nun an eine Fortsetzung derselben nicht mehr zu denken ist; sondern nur in der Folge eine neue Verjährung beginnen kann.

Anders verhält es sich mit dem Stillstande der Verjährung. Diesen können wir uns auf eine doppelte Weise denken: entweder gleich zu Anfang, dergestalt, daß der Anfangspunkt der Verjährung dadurch hinausgesetzt wird, oder auch, nachdem der Lauf der Verjährung bereits begonnen hat, da denn durch den eingetretenen Stillstand die Fortsetzung der Verjährung zwar gehemmt, aber nicht aufgehoben wird. Nämlich: ist das Hinderniß hinweggeräumt, so fängt nicht eine neue Verjährung an,

11) c. 13. 14. 17. X. d. praescript. II, 26. c. 2. in VI. eod. II, 13.

12) der cit. L. 23. C. d. sacros. eccles. I, 2.

Digitized by Google

sondern die früher bereits angefangene wird fortgesetzt: man rechnet die Zeit *vor* dem eingetretenen Stillstande mit der darauf folgenden Zeit zusammen. Während des Stillstandes aber pflegen die Neueren die Verjährung mit dem Ausdruck »**Praescriptio dormiens**« zu bezeichnen.

Nach diesen Bemerkungen *über* den Begriff der Unterbrechung sowohl, als des Stillstandes wird es jetzt darauf ankommen, die einzelnen Fälle näher zu bezeichnen. Ich will mit dem *Stillstande* der Verjährung den Anfang machen.

Ob und inwieweit das *minderjährige Alter* des zur Klage Berechtigten einen Stillstand in der Verjährung mit sich führe, darüber gibt der vorige Paragraph unter Nr. I. Auskunft, worauf ich also deshalb verweise. Es fragt sich nun aber — gibt es noch *außerdem* einen Stillstand?

Es kann der Anstellung der Klage ein *rechtliches* Hinderniß im Wege stehen. Dann tritt jederzeit ein Stillstand ein; es kommt hier die Regel zur Anwendung: »**Agere non valenti non currit praescriptio.**« Hierher gehört

1. der Fall, da meine Baumaterialien in ein fremdes Gebäude verwendet sind: so lange das Material mit dem Gebäude verbunden ist, bin ich rechtlich verhindert, es zu vindiciren [1]) — so lange schläft also auch die Verjährung der Vindication.

2. Hat der Schuldner ein Moratorium ausgewirkt, so steht während der Dauer desselben die Verjährung der den Gläubigern zuständigen Klagen still [2]).

3. Kinder unter väterlicher Gewalt sind während der Dauer dieser Gewalt rechtlich außer Stande, selbst die Klagen anzustellen, welche ihr etwaiges **Peculium adventitium regulare** betreffen: daher läuft denn auch gegen sie, so lange die väterliche Gewalt besteht, hinsichtlich jener Klagen keine Verjährung [3]).

4. Während der Frist, welche dem Erben gesetzlich zur Anfertigung eines Inventars verstattet ist, dürfen gegen ihn weder die Gläubiger des Verstorbenen, noch die Legatare und Fideicom-

1) §. 29. I. d. rer. div. II, 1.
2) L. ult. i. f. C. qui bonis ced. poss. VII, 71.
3) L. 4. i. f. C. d. bon. quae liberis etc. VI, 61. L. 1. §. 2. C. d. annali except. etc. VII, 40.

Digitized by Google

miſſare Klage erheben; aber dieſe Friſt wird nun auch in die Verjährungszeit nicht eingerechnet [4]).

Bisher war von rechtlichen Hinderniſſen die Rede. Bloß factiſche Hinderniſſe hemmen, wenn wir von dem minderjährigen Alter abſehen, den Lauf der Verjährung, nach Römiſchem Rechte, nur dann, wenn die Verjährungsfriſt ein utile tempus iſt. Anders nach Canoniſchem Rechte, dem zu Folge gewiſſe factiſche Umſtände auch außerdem einen Stillſtand herbeiführen können. Nämlich nach Canoniſchem Rechte ſchläft die Verjährung

erſtens: während des **Tempus hostilitatis**, alſo zur Zeit des Krieges [5]). Dieſe Beſtimmung läßt ſich jedoch nur inſofern zur Anwendung bringen, als in der That der Krieg die Rechtsverfolgung hindert, was bei der Art, wie heutiges Tages die Kriege geführt werden, im Allgemeinen wenigſtens, nicht der Fall iſt. Uebrigens pflegt man, was das Canoniſche Recht vom Kriege ſagt, analoger Weiſe auszudehnen auf den Fall, da, es ſei aus welchem Grunde es wolle, keine Gerichte vorhanden ſind, alſo auf den Fall eines **Justitium**.

Zweitens läßt das Canoniſche Recht einen Stillſtand eintreten zur Zeit eines Schisma, alſo zur Zeit einer Kirchenſpaltung [6]).

Drittens enthält das Canoniſche Recht folgende Beſtimmung: wenn ein Kirchenvorſteher über Kirchengut widerrechtlich verfügt, ſo ſoll die Verjährung der, der Kirche wegen jenes Gutes zuſtehenden Klage erſt mit dem Tode des Vorſtehers anheben [7]).

Ich komme nun zu den einzelnen Fällen der Unterbrechung. Dahin gehört

1. die wirkliche Anſtellung der Klage. Die bloße Anſtellung an ſich iſt allerdings noch nicht genügend. Nach älterem Römiſchen Rechte trat die Unterbrechung der Verjährung erſt mit der Litiscontestation ein [8]); nach neuerem Römiſchen Rechte aber

4) L. ult. §. 11. C. d. jure deliber. VI, 30.
5) c. 13. C. 16. qu. 3. c. 10. X. d. praescript. II, 26.
6) c. 14. X. eod.
7) c. 10. C. 16. qu. 2.
8) L. ult. i. f. D. d. fidejussorib. et nominatorib. XXVII, 7.

Digitized by Google

wird die Verjährung schon durch die Citation unterbrochen, also durch die Mittheilung der Klage an den Beklagten und die damit verbundene Aufforderung, sich darüber vernehmen zu lassen [9]). Außer dieser allgemeinen Bestimmung kommen nun aber hier auch noch einige ganz singuläre Bestimmungen in Betracht, enthalten in einer Constitution von Justinian [10]). Diese spricht von zwei besonders genannten Fällen:

Der erste ist dieser: es hat Jemand an einen Anderen mehre an und für sich ganz verschiedene, auf verschiedenen Rechtsgründen beruhende Forderungen, die aber darin mit einander übereinstimmen, daß die schuldigen Summen von gleicher Größe sind. Nun erhebt er Klage gegen den Andern, aber er stellt sein Gesuch nur ganz allgemein darauf, daß der Andere zur Zahlung desjenigen verurtheilt werde, was er ihm schuldig sei; oder er bezeichnet auch wohl die Summe, aber ohne die Causa debendi anzugeben. Eine solche Klage ist an und für sich allerdings ungehörig, aber sie soll wenigstens dazu dienen, den Lauf der Verjährung zu unterbrechen, und zwar nicht etwa nur in Beziehung auf Eine oder mehre Klagen, sondern in Beziehung auf alle. Gerade die fehlerhafte Unbestimmtheit der Klagen kommt in dieser Beziehung dem Kläger zu Statten.

Der zweite Fall, der in der Constitution vorkommt, ist folgender: Es hat Jemand an einen Anderen eine Forderung, und zugleich, wegen dieser Forderung, ein Pfandrecht. Der Schuldner bleibt mit der Zahlung aus, und so ist nun der Gläubiger in der Lage, gegen den Schuldner sowohl die aus der Forderung entspringende persönliche Klage, als die aus dem Pfandrechte hervorgehende dingliche Klage anzustellen. Hier soll durch die Anstellung der ersten Klage der Lauf der Verjährung auch hinsichtlich der andern unterbrochen werden.

»— — —; nam litiscontestatione et poenales actiones transmittuntur ab utraque parte, et temporales perpetuantur.« L. 10. C. d. longi tempor. praescript. VII, 33. »Nec bona fide possessionem adeptis longi temporis praescriptio post moram litis contestatae completa proficit: cum post motam controversiam in praeteritum aestimetur.«

9) L. 3. L. 7. pr. C. d. praescr. XXX v. XL annor. VII, 39.

10) L. 3. C. d. annali except. etc. VII, 40.

Digitized by Google

2. Wenn die Abwesenheit des Gegners oder sonst irgend ein anderer seine Person betreffender Umstand die Anstellung der Klage hindert, so genügt es zur Unterbrechung der Verjährung, hiervon bei der Obrigkeit Anzeige zu machen, oder, inwieweit auch dies etwa unthunlich ist, an dem Wohnorte des Gegners eine feierliche, von einem **Tabularius** — nach unserer Art von einem Notar — oder von drei Zeugen unterschriebene Protestation anschlagen zu lassen. Diese Art der Unterbrechung hat erst Justinian eingeführt [11]).

3. Die Verjährung wird unterbrochen durch Handlungen des Gegners, welche ein Anerkenntniß des, der Klage zu Grunde liegenden Rechtes enthalten, wohin z. B. die Ausstellung einer neuen Schuldverschreibung gehört [12]).

Zum Beschluß ist noch in besonderer Beziehung auf Correalobligationen Folgendes zu merken: sind Mehre correaliter berechtiget, so kommt die Unterbrechung der Verjährung in Bezug auf Einen unter ihnen auch den Uebrigen zu Statten; sind aber Mehre correaliter verpflichtet, so gilt die Unterbrechung der Verjährung gegen Einen für eine Unterbrechung derselben gegen Alle [13]).

§. 153.

cc. Ueber den guten Glauben.

Nach Römischem Rechte bedarf es der **bona fides** im Allgemeinen keineswegs, sondern nur insofern, als die Verjährung durch eine **Praescriptio longi temporis** geltend gemacht werden soll, und auch da genügt schon anfängliche **bona fides** [1]).

Was aber das Canonische Recht betrifft, so sind die Meinungen über die daraus hervorgehenden Resultate sehr verschieden. Einverstanden ist man nur darin, daß, wenn das Canonische Recht **bona fides** fordert, diese eine fortgesetzte, ununterbrochene sein müsse; aber ob und inwieweit überhaupt das Canonische

11) In L. 2. C. eod.
12) L. 7. §. 5. C. d. praescript. XXX v. XL annor.
13) L. ult. C. d. duob. reis etc. VIII, 40.

1) Ich verweise auf dasjenige, was oben §. 150. II. B. über die Verjährung der Hypothecaria actio gesagt ist.

Digitized by Google

Recht die bona fides zur Bedingung der Klagenverjährung mache, darüber ist man uneinig.

Die drei Hauptmeinungen sind folgende:

1. Ohne bona fides gibt es gar keine Klagenverjährung.

2. Eine Klage, welche auf Rückgabe einer mir gehörigen Sache gerichtet ist, verjährt nicht, wenn der Gegner die Sache als die seinige besitzt, und es dennoch weiß, daß sie mir gehöre. Auf andere Klagen findet der Begriff der bona oder mala fides keine Anwendung.

3. Die Bestimmungen des Canonischen Rechts über die bona fides beziehen sich lediglich auf die erwerbende Verjährung; daher sind sie auf die Verjährung der Klagen nicht anwendbar.

Dies sind die drei Hauptmeinungen. Die Praxis ist schwankend. Um so nothwendiger ist es daher, auf die Quelle der verschiedenen Meinungen zurückzugehen. Diese ist das c. 20. X. d. praescript. II, 26. Offenbar bezieht sie sich auf die Verjährung überhaupt, und sonach auch auf die Verjährung der Klagen. Sie lautet so:

> »Quoniam omne, quod non ex fide, peccatum est, Synodali judicio diffinimus, ut nulla valeat absque bona fide praescriptio tam canonica, quam civilis: cum generaliter sit omni constitutioni atque consuetudini derogandum, quae absque mortali peccato non potest observari. Unde oportet, ut, qui praescribit, in nulla temporis parte rei habeat conscientiam alienae« [2].

Also keine Verjährung soll gelten ohne bona fides.

Natürlich aber läßt sich von dieser Bestimmung nur da Gebrauch machen, wo überhaupt die Begriffe von bona und mala fides Anwendung finden können. Und so fragt es sich denn, was wird im Canonischen Rechte unter mala fides verstanden? Hierüber gibt der Schluß unserer Stelle Auskunft: die mala fides setzt conscientiam rei alienae voraus; wo eine solche, der Natur der Sache nach, nicht vorkommen kann, da kann auch von dem Erforderniß der bona fides nicht die Rede sein.

2) Vgl. c. 5. X. eod.

Digitized by Google

Es ist nun aber nöthig, den aufgestellten Begriff der **mala fides** noch näher zu erörtern, und zwar grade in Bezug auf die Klagenverjährung. Es wird dabei vorausgesetzt:

1. Innehabung einer fremden Sache, die eben den Gegenstand der Klage ausmacht.

2. Derjenige, der die Sache inne hat, muß wissen, daß sie eine fremde sei. Aber davon sagt unsere Stelle kein Wort, daß der Innehaber der Sache sich so geriren muß, als ob die Sache ihm gehöre. Für den Begriff der **mala fides**, wie er in unserer Stelle bestimmt wird, ist dies etwas Unwesentliches.

Wo nun die hier angegebenen Voraussetzungen vorhanden sind, da werden wir sagen müssen: Wenn der Innehaber der Sache den Ansprüchen, die der Andere gegen ihn hat, nicht genügt, so ist er **in mala fide**, und die Klage kann gegen ihn nicht verjähren, sie sei übrigens eine dingliche oder eine persönliche Klage.

Noch aber verdient Ein Punkt besonders erwogen zu werden; ich meine den Begriff einer *fremden* Sache. Nämlich, soviel ist klar, eine Sache, die in eines Anderen Eigenthum ist, die ist gewiß eine fremde Sache. Aber es scheint, man muß noch weiter gehen. Nämlich denken wir uns, ich selbst bin Eigenthümer einer Sache; ein Anderer aber hat an eben dieser Sache ein anderweitiges dingliches Recht, wodurch mein Eigenthumsrecht beschränkt wird, z. B. eine Servitut, ein Pfandrecht, da scheint es, man kann sagen, inwiefern die Sache Gegenstand dieser Servitut, dieses Pfandrechts ist, insofern ist sie eine **Res aliena**. Folglich: wenn ich das Recht des Anderen kenne, und ihn an der Ausübung seines Rechtes hindere, so bin ich **in mala fide**, und die Klage des Anderen wird eben deshalb gegen mich nicht verjähren [3]).

3) Im Hannoverschen ist durch eine Verordnung vom 29sten October 1822 unter Nr. 2. entschieden, daß auch bei der *erlöschenden* Verjährung während ihrer ganzen Dauer der gute Glaube auf Seiten des Verjährenden vorhanden sein muß.

Digitized by Google

§. 154.

γ. Verhältniß zu dem die Klage begründenden Rechte.

Denken wir uns zuerst: die Klage ist eine **In rem actio.** Hier wird das der Klage zum Grunde liegende Recht selbst, dadurch, daß der Klage eine **Temporis exceptio** entgegensteht, gar nicht afficirt [1]).

Nun aber wollen wir zweitens annehmen, die Klage ist eine **In personam actio.** Hier ist die Frage, auf deren Beantwortung es ankommt, die: wird durch die Verjährung der Klage bloß dieses bewirkt, daß die zum Grunde liegende Forderung im Wege der Klage nicht weiter geltend gemacht werden kann, oder werden zugleich alle übrigen rechtlichen Wirkungen der Forderung aufgehoben, die ihr, abgesehen von der Klage, in der Eigenschaft schon einer bloß natürlichen Forderung (**naturalis obligatio**) zukamen. Hierüber sind die Meinungen der Neueren getheilt. Die richtige Ansicht aber ist die, daß diese anderweitige rechtliche Wirkung unverändert fortdauere.

Die Hauptgründe für diese Ansicht sind folgende:

1. Es ist Grundsatz: Wo einer Klage eine **Exceptio** entgegensteht, die bloß **in odium creditoris** eingeführt ist, nicht aber zu dem Zweck, den Debitor zu exoneriren, da kann der Debitor, wenn er Zahlung geleistet hat, das Gezahlte nicht zurückfordern; denn er hat gezahlt, was er jeden Falls **naturaliter** schuldig war, er hat kein **Indebitum** geleistet [2]). Nun aber sollen die **Temporis exceptiones** gar nicht dazu dienen, den Schuldner zu exoneriren; sondern sie sind eingeführt bloß zu dem Zweck, den Rechtsstreitigkeiten eine Grenze zu setzen: der Gläubiger soll gehalten sein, innerhalb einer gewissen Frist zu klagen, und thut er dies nicht, so soll er für seine Nachlässigkeit da-

1) L. 8. §. 1. C. d. praescript. XXX v. XL annor. VII, 39.

2) L. 9. §. §. 4. 5. L. 10. D. d. SCto. Macedon. XIV, 6. »— — Quia hi demum solutum non repetunt, qui ob poenam creditorum actione liberantur, non quoniam exonerare eos lex voluit.« §. 5. »Quanquam autem solvendo non repetant, (L. 10.) Quia naturalis obligatio manet:«

Digitized by Google

durch gestraft werden, daß er nun nicht mehr mit Erfolg klagen kann [3]). Also kann eine Temporis exceptio den natürlichen Bestandtheil der Forderung, auf welche sie sich bezieht, nicht afficiren.

2. Die Klage aus dem Pfandrechte dauert in den meisten Fällen länger, als die persönliche Klage aus der, durch das Pfandrecht sicher gestellten Forderung [4]). Das aber wäre unmöglich, wenn nicht die Forderung, ungeachtet der Verjährung der daraus entspringenden Klage, in der Eigenschaft einer natürlichen Forderung fortbestände; denn wäre dies nicht der Fall, so müßte das Pfandrecht, und mit ihm die Klage daraus, als erloschen angesehen werden.

3. Es wäre eine nicht zu rechtfertigende Härte, wenn der Gläubiger, der eine Klage hatte, durch die Verjährung dieser Klage, in eine schlimmere Lage versetzt werden sollte, als worin diejenigen sich befinden, die schon von Haus aus nur eine natürliche Forderung haben [5]).

§. 155.

* Proceßverjährung.

Früher hat man allgemein die Proceßverjährung mit der Klagenverjährung verwechselt. Erst in der neuesten Zeit ist man auf den Unterschied beider Arten der Verjährung aufmerksam geworden.

Bei der Klagenverjährung ist die Frage die: wie lange darf ich der Anstellung der Klage Anstand geben? Bei der Proceßverjährung aber fragt es sich: wenn die Klage angestellt ist, binnen welcher Frist muß der Proceß beendigt werden?

Zur Zeit der classischen Juristen war die Dauer der Processe auf sehr kurze Fristen beschränkt. War bei dem Ablaufe der gesetzlichen Frist die Sache noch unentschieden, so blieb sie unentschieden; der Proceß konnte nicht weiter fortgeführt, nicht wieder

3) L. 2. init. L. 3. i. f. C. d. annali exc. VII, 40.

4) L. 7. §. 1. C. d. praescript. XXX v. XL annor.

5) Uebrigens verdienen über den hier besprochenen Gegenstand nachgelesen zu werden: Francke, Civilistische Abhandlungen. S. 73. folg. Unterholzner, Ausführliche Entwickelung der Verjährungslehre. §. 258.

Digitized by Google

aufgenommen werden [1]). Auf diese Proceßverjährung, nicht auf die Klagenverjährung, sind die Ausdrücke: **Lis tempore perit; lis moritur; lis mortua. Litem tempore amittere; litem amittere**, welche bei den classischen Juristen vorkommen, zu beziehen. — In das Justinianische Recht sind jedoch die Bestimmungen, welche zur Zeit der classischen Juristen galten, nicht übergegangen. Dagegen finden wir im Justinianischen Rechte mancherlei andere Bestimmungen über die Dauer der Processe. Manche dieser Bestimmungen haben heutiges Tages keine Geltung mehr [2]). Wohl aber gilt, auch noch nach heutigem Rechte, Folgendes:

Wenn ein Prozeß liegen geblieben ist, so kann er innerhalb eines Zeitraums von vierzig Jahren immer noch wieder aufgenommen werden. Diese vierzig Jahre sind zu rechnen von der letzten im Proceß vorgekommenen Handlung an. Nach Ablau dieser vierzig Jahre aber ist der Proceß verjährt, er kann nun nicht mehr aufgenommen werden [3]). Uebrigens muß ich bemerken, daß es ohne allen Grund ist, wenn einige Neuere hier zwischen einer **temporalis** und **perpetua actio** einen Unterschied machen. Sie behaupten nämlich: im Falle einer **temporalis actio** könne der Proceß schon nach dreißig Jahren nicht mehr aufgenommen werden.

g. Concurs.

§. 156.

α. Einleitung.

Die Frage, auf deren Beantwortung es hier ankommt, ist diese: Inwieweit kann die Coexistenz mehrer Klagen den Erfolg haben, daß die eine Klage durch die andere aufgehoben oder wenigstens gehemmt wird?

1) Ueber die Proceßverjährung sind besonders zu vergleichen: Francke, Civilist. Abhandl. S. 74. folg. Keller, Ueber Litis-Contestation. §. §. 15-19.

2) So die in L. 13. C. d. judic. III, 1. — L. ult. C. d. dolo. II, 21. — L. ult. pr. C. d. temporib. in integr. restitut. II, 53. — L. 5. C. d. naufragiis. XI, 5. — L. 5. §. 4. C. d. temporib. et reparationib. appellationum etc. VII, 63. Nov. 93.

3) L. ult. C. d. praescr. XXX v. XL annor. VII, 39. L. 1. §. 1. C. d. annali exc. VII, 40.

Digitized by Google

Die Beantwortung dieser Frage ist mit großen Schwierigkeiten verbunden. Sie läßt sich nicht auf Ein Princip zurückführen, aus dem alles und jedes Einzelne könnte abgeleitet werden. Ferner: in den Quellen wird unsere Frage nirgends im Zusammenhange abgehandelt; wir finden nur einzelne, zerstreuete Bestimmungen. Endlich: die älteren Römischen Rechtsgelehrten selbst waren über manche wesentliche Punkte getheilter Meinung, und die Spuren dieser verschiedenen Ansichten finden sich sogar noch in den Justinianischen Rechtsquellen. Sehr natürlich ist es daher, daß die Ansichten der Neueren über unsern Gegenstand sehr von einander abweichen. Die ausführliche Darstellung dieser Lehre setzt den Begriff des Concurses der Klagen voraus und eben so die Kenntniß der verschiedenen Arten des Concurses. Hierüber ist daher zuvor Auskunft zu geben.

Was zuerst den Begriff anbelangt, so kann von einem Concurs der Klagen, inwiefern wir diese rein als solche betrachten und von der Beschaffenheit der zu Grunde liegenden Rechte abstrahiren, überhaupt nur insofern die Rede sein, als mehre Klagen ihren Vereinigungspunkt finden entweder in demselben Kläger, oder in demselben Beklagten, oder in beiden zugleich.

Der Eintheilungen gibt es zwei. Die eine bezieht sich auf die Art und Weise der Vereinigung, die andere auf die Wirkungen derselben.

Die erste ist die Eintheilung in den subjectiven und in den objectiven Concurs der Klagen, eine Eintheilung, über deren Sinn man allerdings nicht allgemein einverstanden ist. Ich bediene mich der gedachten Ausdrücke in folgender Bedeutung: Der Concurs der Klagen ist ein subjectiver, wenn gleichzeitig entweder Einem und demselben mehre Klagen zustehen gegen Verschiedene, oder umgekehrt Mehren gegen Einen. Dagegen ist der Concurs der Klagen ein objectiver, wenn einer und derselben Person gleichzeitig mehre Klagen zustehen gegen Einen und denselben, wenn also der Vereinigungspunkt in der Person des Klägers und der des Beklagten zugleich liegt.

Was die zweite Eintheilung anbelangt, so unterscheidet man nach der Wirkung, zwischen dem electiven, dem successiven

Digitized by Google

und dem cumulativen Concurs der Klagen. Electiv nennt man den Concurs alsdann, wenn durch den Gebrauch der einen Klage der Gebrauch der andern ausgeschlossen wird. Successiv heißt er, wenn er nur den gleichzeitigen Gebrauch der mehren Klagen hindert, also die Nothwendigkeit mit sich führt, eine nach der anderen anzustellen. Endlich cumulativ ist der Concurs dann, wenn keine der mehren Klagen auf die andere einen aufhebenden oder auch nur hemmenden Einfluß hat.

§. 157.

β. Subjectiver Concurs.

Der Regel nach wird bei dem subjectiven Concurs mehrer Klagen keine durch die andre gehemmt oder gar ausgeschlossen. Indessen ist diese Regel nicht ohne Ausnahmen.

I. Zuweilen (s. §. §. 64. 360. 565. 567. 568. 769.) ist derjenige, welchem Klagen gegen verschiedene Personen zustehen, in der Anstellung dieser Klagen an eine gewisse Ordnung gebunden, bei deren Verletzung der Beklagte mittelst der s. g. Exceptio ordinis s. excussionis verlangen darf, daß der Kläger von ihm noch zur Zeit abstehe. So muß z. B. der Pfandgläubiger, bevor er mit der Hypothecaria actio den dritten Besitzer des Pfandes belangt, die der Schuld entsprechende persönliche Klage gegen den Schuldner anstellen.

II. Es gibt Fälle, in welchen durch die Anstellung der einen Klage die andere ausgeschlossen wird.

A. Es kann sein, daß die Anstellung der einen Klage zur Aufhebung der andern nur die Veranlassung gibt, indem sie dem Kläger zu seiner Befriedigung verhilft. Wenn nämlich die den concurrirenden Klagen zum Grunde liegenden Ansprüche in dem Verhältniß zu einander stehen, daß die Erfüllung des einen den andern aufhebt; so fällt natürlich die diesen betreffende Klage hinweg, sobald jenem, auf erhobene Klage, genügt ist. Als Beispiel dient auch hier der Concurs der dem Pfandgläubiger zustehenden persönlichen Klage gegen den Schuldner mit der Hypothecaria actio gegen den dritten Besitzer des Pfandes: verschafft

der Gläubiger sich durch die persönliche Klage volle Bezahlung, so erlischt, mit dem Pfandrechte selbst, zugleich die Hypothecaria actio.

B. Die Anstellung der einen Klage kann aber auch die eigentliche Ursache sein von dem Wegfallen der andern, die wesentliche Bedingung desselben; während der Umstand, ob der Kläger befriedigt ist, oder nicht, als gleichgültig erscheint. Dahin gehört Folgendes:

1. Zuweilen (s. §. §. 172. 174.) kann die durch die angestellte Klage begründete Exceptio rei judicatae auch der concurrirenden Klage entgegengesetzt werden, wenn gleich bei dieser der Kläger oder der Beklagte ein Anderer ist.

2. Der Reisende, dessen Sachen in ein Schiff oder Wirthshaus aufgenommen und daselbst entwendet, oder beschädiget, oder vernichtet worden sind, kann sich nicht bloß an den eigentlichen Thäter, sondern auch an den Schiffer oder Wirth halten. S. §. §. 650. 661. Aber hat er einmal gegen den Einen geklagt, so steht ihm, wenn er hinterher auch noch den Andern in Anspruch nehmen will, eine Doli exceptio entgegen [1]).

3. Der Commodant hat, wenn die geliehene Sache bei dem Commodatar entwandt wird, gegen diesen die Commodati, gegen den Dieb die Furti actio; aber die Wahl der einen Klage schließt die andere aus. S. §. 586.

γ. Objectiver Concurs.

§. 158.

a. Von dem objectiven Concurs der Klagen im Allgemeinen.

Auch für den objectiven Concurs der Klagen ist es als Regel anzusehen, daß die mehren Klagen keinen Einfluß auf einander haben; aber auch hier gibt es Ausnahmen.

I. Die mehren Klagen können in der Beziehung zu einander stehen, daß die eine die andere vorbereitet, und deshalb früher als diese angestellt werden muß; wie dies z. B. mit der

1) L. 3. §. ult. L. 6. §. ult. D. nautae, caupones etc. IV, 9. L. un. §. 3. D. furti adv. nautas, caupones etc. XLVII, 5.

Ad exhibendum actio im Verhältniß zu der von der jedesmaligen Exhibition abhängigen anderweitigen Klage der Fall ist. S. §. 656.

II. Die eine Klage kann die andere ausschließen.

A. Nicht selten ist es hier, wie bei dem subjectiven Concurs der Klagen, die durch die eine Klage bewirkte Befriedigung des Klägers, welche die Anstellung der andern Klage hindert. Dahin gehört der in dem folgenden Paragraphen besonders zu erörternde Grundsatz der Billigkeit, daß dasselbe nicht zweimal dürfe gefordert werden. Aber es tritt jener Erfolg selbst nach strengem Rechte ein, sobald die dem Kläger hinsichtlich der einen Klage zu Theil gewordene Befriedigung eine für die andere Klage wesentliche Voraussetzung aufhebt. So kann z. B. der Pupill den Tutor, der bei der Verwaltung der Tutel sich einer Unterschlagung schuldig gemacht hat, mit der Condictio furtiva auf einfachen Ersatz, mit der Rationibus distrahendis actio auf den doppelten Werth desjenigen, quod sibi abest, belangen; hat er sich aber mit der Condictio furtiva vollen Ersatz verschafft, so kann er hinterher die Ration. distrah. actio nicht mehr anstellen, »quia« heißt es [1]) »nihil absit pupillo«; es fehlt jetzt an einer für die Ration. distrah. a. wesentlichen Bedingung.

B. Auch aus andern, von der Befriedigung des Klägers unabhängigen Gründen kann die Anstellung der einen Klage der mit ihr concurrirenden entgegen wirken:

1. Es ist möglich, Jemand hat gegen einen Andern mehre Klagen, aber die Ansprüche, worauf diese sich beziehen, stehen ihm nur alternativ und zwar in der Art alternativ zu, daß er, obschon zu wählen berechtigt, doch von der einmal getroffenen Wahl nicht wieder abgehen darf: hier schließt natürlich die Wahl der einen Klage die andere aus. So kann derjenige, welcher in einem mit der Codicillarclausel versehenen Testamente zum Erben ernannt ist, entweder versuchen, die Erbeseinsetzung als eine directe geltend zu machen, oder dieselbe sofort als eine bloß

1) In der L. 2. §. 1. D. d. tutelae et rationib. distrah. XXVII, 3.

Digitized by Google

fideicommiſſariſche behandeln; aber hat er ſich einmal für das Eine erklärt, ſo iſt ihm, in der Regel wenigſtens, der Rücktritt zu dem Andern abgeſchnitten [2]). Viele ziehen hierher auch den bei dem Legat eines dinglichen Rechtes möglichen Concurs der Vindication des Rechtes mit der perſönlichen Klage aus dem Teſtament; allein, obſchon der Legatar ſich beider Klagen nicht zugleich bedienen darf, ſondern unter ihnen wählen muß, ſo läßt ſich dennoch nicht behaupten, daß die Anſtellung der einen die andre ſchlechthin ausſchließe, vielmehr weiſen die Schlußworte der L. 76. §. 8. D. d. legat. II. »ex una« scil. actione »interim, quae fuerat electa, legatum petere« auf die (allerdings beſchränkte) Möglichkeit hin einer ſucceſſiven Anſtellung beider Klagen.

2. Die mehren Klagen können in der Beziehung zu einander ſtehen, daß die rechtskräftige Entſcheidung, welche durch die Anſtellung der einen herbeigeführt iſt, auch gegen die andere die Exceptio rei judicatae begründet. S. §. §. 172. und 174. — Der Grund, weshalb bei dem Concurſe der Tributoria mit der De peculio actio die Wahl der einen Klage den Regreß zur andern aufhebt (ſ. §. 737.), iſt zweifelhaft.

§. 159.

b. Insbeſondere über den Grundſatz, daß Daſſelbe nicht zweimal gefordert werden dürfe.

Wegen der bloßen Identität des Objectes heben verſchiedene unter denſelben Perſonen zu verhandelnde Klagen einander, nach der Strenge des Rechtes, nicht auf; aber der Billigkeit iſt es allerdings entgegen, wenn Einer dasjenige, was er von dem Andern bereits empfangen hat, von dieſem zum zweiten Male verlangt. Dies iſt es, was Gajus [1]) mit den Worten ſagen will: »Bona fides non patitur, ut bis idem exigatur.« Und wo dieſer Grundſatz zur Anwendung kommt, da kann der Kläger, wenn er hinſichtlich der einen Klage befriediget iſt, die concurrirende Klage, inwieweit ſie denſelben Gegenſtand hat, ſchon um

2) L. ult. C. d. codicillis. VI, 36. 1) In der L. 57. D. d. R. J.

Digitized by Google

deswillen mit Erfolg nicht weiter anstellen; er kann sich ihrer nur noch insoweit bedienen, als sie auf etwas unter der ersten Klage nicht Begriffenes gerichtet ist. Dies Alles erfordert indessen eine nähere Erörterung, für welche es nothwendig wird zu unterscheiden, ob die mehren ihrem Gegenstande nach ganz oder zum Theil zusammenfallenden Klagen aus einer und derselben Thatsache, die nur verschiedene rechtliche Beziehungen darbietet, oder aus verschiedenen Thatsachen entspringen.

I. Concurs mehrer aus Einer Thatsache entspringender Klagen.

Die Anwendbarkeit unseres Grundsatzes auf einen Concurs dieser Art ist keinem Zweifel ausgesetzt. Hierher gehört die Stelle des Ulpianus [2]):

> »Quotiens concurrunt plures actiones ejusdem rei nomine (d. h. zu demselben Zwecke), una quis experiri debet.«

desgleichen die Stelle des Paulus [3]):

> »Si ex eodem facto duae competant actiones, postea judicis potius partes esse, ut quo plus sit in reliqua actione, id actor ferat; si tantundem aut minus, id consequatur« [4]).

Es fragt sich indessen, wann kann man sagen, daß die mehren Klagen ihrem Gegenstande nach zusammenfallen? In dieser Beziehung verdient vornehmlich Folgendes hervorgehoben zu werden.

1. Privatstrafe und Ersatz, auch wenn die Summen übereinstimmen, werden als etwas Verschiedenes angesehen; daher denn z. B. die bloß auf Strafe gerichtete Furti actio durch die Concurrenz mit reipersecutorischen Klagen nie vermindert, geschweige denn ausgeschlossen wird [5]). Von dieser Regel kommt

2) L. 43. §. 1. D. d. R. J.

3) L. 41. §. 1. D. d. O. et A. XLIV, 7.

4) Es ist klar, daß am Schluß dieser Stelle die Negation fehlt. Man muß, statt »id consequatur«, entweder mit Cujacius »nihil consequatur«, oder »id non consequatur« lesen.

5) L. 7. §. 1. D. d. cond. furt. XIII, 1. L. 45. L. 46. D. pro socio. XVII, 2. L. 34. §. 2. D. d. O. et A. XLIV, 7. (i. d. W. »et poena quidem furti non confunditur.«)

Digitized by Google

nur Eine Abweichung vor, nämlich in Beziehung auf den objectiven Concurs der auf Strafe und Erſatz zugleich gerichteten **In factum actio de calumnia** mit der bloß auf Erſatz abzweckenden **Condictio ob turpem causam** äußert ſich *Ulpian* [6]) ſo: »**puto sufficere alterutram actionem.**« Vergl. §. 624.

Dagegen iſt

2. der *Erſatz eines und deſſelben Schadens* allerdings *Daſſelbe*. Angenommen daher, der Commodatar hat die ihm geliehene Sache entwandt: hier ſteht dem Commodanten zur Wiedererlangung der Sache ſelbſt oder des Werthes derſelben ſowohl die **directa Commodati actio**, als die **Condictio furtiva** zu Gebote; aber er wird, wenn er einmal die eine Klage mit Erfolg angeſtellt hat, die andere mit Erfolg nicht mehr anſtellen können [7]). Auf dieſelbe Weiſe verhält es ſich bei der Entwendung einer gemietheten Sache durch den Miether; die **Locati actio**, inwieweit ſie die Reſtitution der Sache zum Zwecke hat, und die **Condictio furtiva** heben eine die andere auf [8]). Eben ſo kann bei einer durch Vertrag begründeten Gemeinſchaft auf die perſönlichen Leiſtungen, welche unter den Bereich der **Communi dividundo actio** fallen, auch mit der **Pro socio actio** geklagt werden; indeſſen, da dieſe Leiſtungen insgeſammt Erſatz zum Gegenſtande haben, ſo ſchließt hinſichtlich ihrer eine Klage die andere aus [9]); aber auch nur eben hinſichtlich ihrer. Es wird daher derjenige, welcher mit der **Comm. div. a.** ſeinen Zweck bereits erreicht hat, mit der **Pro socio a.** dasjenige, was er nur mit dieſer verlangen kann, immer noch nachfordern können [10]).

3. *Ob man Privatſtrafen von gleicher Höhe* für Daſſelbe zu halten habe, darüber finden ſich in den Quellen zwei einander geradezu *entgegengeſetzte Anſichten*. Nach einer

6) In der **L. 5. §. 1. D. d. calumniatorib. III, 6.**

7) **L. 34. §. 1. D. d. O. et A. XLIV, 7. L. 71.** (73.) pr. **D. d. furt. XLVII, 2.** (in welcher Stelle der Ausdruck **furti agere** nicht, wie gewöhnlich, auf die **Furti actio**, ſondern auf die **Condictio furtiva** zu beziehen iſt.)

8) **L. 34. §. 2. D. d. O. et A. XLIV, 7.** (i. d. W. »Hinc de colono — — — miscentur.«)

9) **L. 38. §. 1. D. pro socio, XVII, 2.**

10) **L. 43. D. eod.**

Digitized by Google

Stelle des Ulpianus [11]) sind sie nicht Dasselbe; denn hier heißt es ganz allgemein:

»Numquam actiones poenales de eadem pecunia concurrentes alia aliam consumit.«

Und dem gemäß ist denn auch Ulpian der Meinung, daß bei dem Concurse der Furti actio mit der Servi corrupti actio, desgleichen mit der Rationibus distrahendis actio, welche beide letzte Klagen neben dem Ersatz zugleich auf Strafe gehen, keine die andere aufhebe oder auch nur vermindere [12]). In der Beurtheilung des letztgedachten Falls stimmt Paulus mit Ulpianus überein, indem von der Furti und von der Rationibus distrahendis actio auch er [13]) sagt: »altera alteram non tollet.« Indessen dürfte er hierbei von dem Vorwurfe der Inconsequenz nicht frei zu sprechen sein. Denn aus mehren andern Stellen geht zur Genüge hervor, daß er im Allgemeinen der Meinung war, man müsse Privatstrafen von gleicher Höhe für Dasselbe gelten lassen. So sagt er ausdrücklich von dem Concurse der Nec manifesti furti actio, welche auf die Strafe des Doppelten geht, mit der Vi bonorum raptorum actio, welche dem Betheiligten außer dem Einfachen, worin der Ersatz besteht, auch noch die Strafe des Dreifachen gewährt, der Betheiligte könne nach der Vi bonor. raptor. a. die Furti a. nicht mehr anstellen, und wenn er sich etwa zuerst dieser letzten bedient habe, mit der Vi bonor. raptor. a. nur noch so viel nachfordern, als an dem Vierfachen fehle. Paulus betrachtet also bei diesen Klagen die Strafe, inwieweit sie in dem Doppelten besteht, als Dasselbe, als etwas, was eben darum nur Einmal gefordert werden könne [14]). Und aus demselben Gesichtspunkte will er den Concurs der auf bloße Strafe abzweckenden Injuriarum actio mit der Ersatz und Strafe umfassenden Legis Aquiliae actio behandelt wissen [15]); desgleichen den Concurs dieser letzten mit der, gleich

11) L. 60. D. d. O. et A.

12) L. 11. §. 2. D. d. servo corrupto. XI, 3. (i. d. W. »Quamvis autem — — — minuit.«) L. 1. §. 22. D. tutelae et rationib. distrah. XXVII, 3.

13) In der L. 2. §. 1. D. eod.

14) L. 88. (90.) D. d. furt. XLVII, 2. L. 1. D. vi bonor. raptor. XLVII, 8.

15) L. 34. pr. D. d. O. et A. XLIV, 7.

Digitized by Google

ihr, zu den mixtis actionibus gehörenden **Arborum furtim caesarum actio** [16]).

Welche unter diesen entgegengesetzten Ansichten für die Grundansicht des Justinianischen Rechts zu halten sei, ist schwer zu sagen. Dafür, daß als solche die Ansicht des Ulpianus gelten müsse, läßt sich zwar Justinians eigne Verordnung über die Verbindung der **Furti actio** mit der **Servi corrupti actio** [17]) nicht anführen, da Justinian hier mehr die besondere Beschaffenheit des einzelnen Falls, als die allgemeinen Grundsätze berücksichtiget zu haben scheint; wohl aber mag man sich auf die Bestimmtheit und Allgemeinheit berufen, womit wir jene Ansicht in der **L. 60. D. d. O. et A. XLIV, 7.** (ob. Anm. 11.) ausgesprochen finden. Nach einer Stelle, welche die Ansicht des Paulus eben so entschieden und in gleicher Allgemeinheit aussprächе, wird man sich vergebens umsehen. Indessen fehlt es doch auch nicht an Gründen, auf diese Ansicht grade ein besonderes Gewicht zu legen. Denn sie ist die mildere, und das Justinianische Recht neigt im Ganzen unverkennbar dahin, im Zweifel der milderen, wenn schon nicht immer richtigeren Meinung vor der strengeren den Vorzug einzuräumen. Insofern kann man daher behaupten, daß die Ansicht des Paulus dem Geiste der Justinianischen Gesetzgebung mehr entspreche, als die des Ulpianus. Welche Ansicht man aber auch für die Grundansicht des Justinianischen Rechts mag gelten lassen, man wird doch die einzelnen Anwendungen der entgegengesetzten Ansicht, inwieweit sie einmal in die Justinianischen Rechtsquellen Eingang gefunden haben, ebenfalls anerkennen müssen, indem man sie als Ausnahmen von der Regel behandelt.

4. Bei den **mixtis actionibus** ist zu erwägen, daß sie, inwieweit die Strafe nur Folge des Ableugnens oder des Ungehorsams sein soll, ihre gemischte Natur verlieren, sobald die Veranlassung zur Strafe dadurch beseitiget ist, daß der Betheiligte sich den Ersatz, um welchen es ihm zu thun war, schon

16) **L. 1. D. arbor. furt. caesar. XLVII, 7.** (eine Stelle, die zugleich die Erklärung der **L. 11. D. eod.** an die Hand gibt.)

17) **L. 20. C. d. furt. et servo corrupto. VI, 2.** (vergl. §. 8. I. d. obligat. quae ex delicto. IV, 1.)

Digitized by Google

mittelst einer anderweitigen Klage verschafft hat. Es gilt dies namentlich von der **Legis Aquiliae actio** in Bezug auf das Alterum tantum, worauf sie im Fall des Abläugnens geht. Auch erklärt sich hieraus, was [18]) von der Concurrenz der **Doli actio** mit der **Quod metus causa actio** gesagt wird. Die **Legis Aquiliae actio** ist nun aber auf Strafe nicht bloß im Fall des Abläugnens gerichtet, sondern es liegt für den Beklagten auch darin eine Strafe, daß der angerichtete Schaden, wegen der Rücksicht, welche man auf die vergangene Zeit nimmt, häufig höher geschätzt wird, als er sich in der That beläuft [19]), und da kann es denn allerdings auffallen, daß viele den Concurs der Klagen betreffende Stellen über diese Strafe ganz hinwegsehen. So heißt es in einer Stelle des Gajus [20]):

> »**Sive autem pignus, sive commodata res, sive deposita deterior ab eo, qui acceperit, facta sit, non solum istae sunt actiones, de quibus loquimur, verum etiam Legis Aquiliae; sed si qua earum actum fuerit, aliae tolluntur«:.**

gleich als ginge im Fall des Zugeständnisses die **Legis Aquiliae actio** nur auf Ersatz, und nicht zugleich auf Strafe. In derselben Weise behandeln andere Stellen den Concurs der **Legis Aquiliae actio** mit der **Pigneratitia**, der **Locati**, der **Pro socio actio** [21]). Der Grund scheint der zu sein, daß bei der **Legis Aquiliae actio** die höhere Schätzung nichts Durchgehendes ist; im Ganzen erscheint es vielmehr immer nur als etwas Zufälliges, wenn die Schätzung den eigentlichen Betrag des Schadens übersteigt. Indessen lassen doch nicht alle Stellen die in der höheren Schätzung liegende Strafe unbeachtet [22]). In der letzten der in Note 22. angeführten Stellen wird auf Veranlassung des Falles, da Jemand dem Andern Kleidungsstücke geliehen und dieser sie zerrissen hat, von dem Concurse der **Legis Aquiliae actio** mit der **Commodati actio** Folgendes gesagt:

18) In der L. 14. §. 13. D. quod met. c. gest. IV, 2.
19) §. 19. I. d. actionib. IV, 6.
20) L. 18. §. 1. D. commodati. XIII, 6.
21) L. 18. D. ad leg. Aquil. IX, 2. L. 27. §. 11. D. eod. L. 43. D. locati. XIX, 2. L. 50. D. pro socio. XVII, 2.
22) Z. B. nicht L. 7. §. 1. D. commodati. XIII, 6. u. L. 34. §. 2. D. d. O. et A. XLIV, 7.

Digitized by Google

»Et quidem post Legis Aquiliae actionem utique commodati finietur; post commodati an Aquiliae remaneat in eo, quod in repetitione triginta dierum amplius est, dubitatur; sed verius est remanere, quia simplo accedit et simplo subducto locum non habet« [23]).

So viel in Betreff der Frage, inwiefern der Gegenstand verschiedener Klagen als derselbe anzusehen sei.

Eine fernere Frage aber ist die: Wenn wegen der Identität des Gegenstandes eine Klage die andere ausschließt, *in welcher Weise wird die Ausschließung bewirkt?* Es kann sein, daß schon bei Gelegenheit der zuerst erhobenen Klage die concurrirende Klage mit zur Sprache kommt, und da kann denn, falls die angestellte Klage eine arbitraria oder bonae fidei actio ist, der Richter für das Interesse des Beklagten dadurch im Voraus Sorge tragen, daß er denselben nicht eher verurtheilt, als bis der Kläger auf die concurrirende Klage ganz oder zum Theil verzichtet hat [24]); er kann wegen des Nichtgebrauchs derselben vom Kläger sogar Sicherheit fordern [25]). Dabei versteht es sich von selbst, daß der Verzicht dem Beklagten gegen die concurrirende Klage eine Einrede gewährt. Ist nun aber bei Gelegenheit der ersten Klage eine solche besondere Vorkehrung nicht getroffen, so wird man, wenn die zweite Klage von der Art ist, daß der Richter den Beklagten überall nur in dasjenige verurtheilen darf, was die bona fides mit sich bringt, sagen müssen: inwieweit der Kläger schon durch die erste Klage zu seiner Befriedigung gelangt ist, insoweit kann ihm nach Grundsätzen der bona fides nichts mehr zuerkannt werden, insoweit also ist die zweite Klage ohne Gegenstand, sie ist extincta [26]), sie ist ipso jure, d. h. direct, aufgehoben [27]). Ist dagegen die zweite Klage anders ge-

23) So klar diese Stelle auch ist ihrem Hauptinhalte nach, so sind doch die Schlußworte dunkel, weshalb Viele, nach dem Vorgange des Cujacius, statt »locum non habet«, lesen wollen »locum habet.«

24) L. 9. §. 1. D. d. furt. XLVII, 2. L. 7. §. 1. D. commodati. XIII, 6. L. 25. §. 5. L. 43. D. locati. XIX, 2.

25) L. 36. §. 2. D. d. H. P. V, 3. L. 13. D. d. R. V. VI, 1.

26) L. 71. (73.) pr. D. d. furt. XLVII, 2.

27) L. 34. §. 1. D. d. O. et A. XLIV, 7.

Digitized by Google

artet, so läßt sich allerdings von keiner directen Aufhebung derselben sprechen, aber der Beklagte wird sich gegen sie mittelst einer Doli oder In factum exceptio schützen können [28]). Mehrentheils wird diese die Folge haben, daß der Beklagte von der zweiten Klage ganz oder zum Theil entbunden wird; gelegentlich kann aber auch, wenn der Kläger zur Zurückgabe des auf die erste Klage hin Empfangenen bereit ist, der Richter diese geschehen lassen, und dann den Beklagten in der Weise verurtheilen, wie an und für sich die Natur der zweiten Klage es mit sich bringt [29]).

Zum Beschluß ist noch einiger einzelner schwieriger Stellen zu erwähnen.

1. In der L. 6. pr. D. ad leg. Jul. d. adulter. XLVIII, 5. sagt Papinianus von dem Fall, da Jemand an einer fremden Sclavin ein Stuprum begangen hat:

> »Et Legis Aquiliae actio facile tenebit, et injuriarum quoque competit, nec erit deneganda praetoria quoque actio de servo corrupto: nec propter plures actiones parcendum erit in hujusmodi crimine reo.«

Also alle diese Klagen sollen gegen den Schuldigen angestellt werden können, und zwar eine jede mit der vollen Wirkung, welche ihr an und für sich zukommt. In Bezug nun auf die beizutreibenden Strafen mag hierin nur die Anwendung jener Ansicht gefunden werden, der zu Folge mehre Privatstrafen niemals Dasselbe sind; daß aber auch in Bezug auf den Ersatz keine Klage die andere beschränken soll, das ist allerdings auffallend und mit unserm Grundsatz in keiner Weise zu vereinigen. Dennoch darf nicht angenommen werden, daß Papinian diesen überall nicht anerkannt habe, sondern nur, daß er in dem besondern, hier grade in Rede stehenden Falle eine Ausnahme statuirte: darauf scheinen die Schlußworte »in hujusmodi crimine reo« deutlich genug hinzuweisen.

28) cit. L. 71. (73.) pr. D. d. furt. XLVII, 2. L. 14. §. 13. D. quod met. causa gest. IV, 2. cit. L. 34. §. 1. D. d. O. et A. XLIV, 7.

29) cit. L. 9. §. 1. D. d. furt. XLVII, 2.

Digitized by Google

2. Eine auch in die Institutionen [30]) übertragene Stelle des Ulpianus, L. 130. D. d. R. J., stellt folgende Regel auf:

» Nunquam actiones, praesertim poenales, de eadem re concurrentes alia aliam consumit. «

Wollte man hier res für den Zweck nehmen, so würde Ulpian, im Widerspruche mit sich selbst [31]), unsern Grundsatz geradezu verwerfen. Res muß also hier etwas Anderes bedeuten: den Vorgang, welcher die Klage veranlaßt, oder die Sache, woran der Vorgang sich ereignet. Dafür spricht denn auch die Beziehung, in welcher die Verfasser der Institutionen Ulpians Ausspruch anführen. Aber selbst bei dieser Bedeutung von Res ist die Regel, welche Ulpian gibt, doch nur dann richtig, wenn man sie so auffaßt: Der Umstand allein, daß mehre Klagen durch denselben Vorgang, durch dieselbe Sache veranlaßt sind, hat nie die Wirkung, daß eine die andere aufhöbe.

3. In der L. 32. D. d. O. et A. XLIV, 7. sagt Hermogenianus:

» Cum ex uno delicto plures nascuntur actiones, sicut evenit cum arbores furtim caesae dicuntur, omnibus experiri permitti post magnas varietates obtinuit. «

Das angeführte Beispiel zeigt, daß unter dem » uno delicto « eine und dieselbe Handlung gemeint ist, welche in verschiedenen Beziehungen unrechtmäßig erscheint und deshalb mehre Klagen hervorbringt. Dagegen ist die Bedeutung der Worte » omnibus experiri permitti « nicht außer Zweifel. Will man sie so verstehen: Die mehren Klagen können insgesammt mit voller Wirkung angestellt werden, dergestalt, daß der günstige Erfolg der einen die andere weder aufhebt, noch auch nur beschränkt, so muß man, wenn nicht diese Stelle mit unserm Grundsatz in dem offenbarsten Widerspruche stehen soll, annehmen, daß Hermogenian nur die volle Beitreibung der durch Eine Handlung

30) S. §. 1. I. si quadrupes pauper. IV, 9.

31) S. L. 13, D. d. R. V. VI, 1. L. 27. §. 11. D. ad leg. Aquil. IX, 2. L. 7. §. 1. D. commodati. XIII, 6. L. 47. pr. D. pro soc. XVII, 2. L. 43. §. 1. D. d. R. J. (S. Note 2.)

Digitized by Google

verwirkten mehren Strafen im Auge gehabt habe. Dann beträfe die Stelle die Streitfrage, ob Privatstrafen von gleicher Höhe für Dasselbe zu halten sind, wozu die Erwähnung der magnae varietates sehr gut paßte; das Resultat aber wäre dieses, daß nach langem Schwanken die Meinung derer, welche glaubten die Frage verneinen zu müssen, sich zur geltenden erhoben habe; und so gäbe denn die Stelle ein neues Argument ab für die Behauptung, daß nach Justinianischem Rechte jener Meinung der Vorzug gebühre. Allein die bei dem Allen zum Grunde liegende Voraussetzung ist nichts weniger, als sicher. Mit keinem Worte deutet Hermogenian die Absicht an, nur von den Strafen sprechen zu wollen, und doch konnte er es so leicht; statt »actiones« brauchte er nur »poenales actiones« zu setzen; die mixtae actiones, inwieweit sie poenales sind, wären unter dieser Bezeichnung mit begriffen gewesen. Es bleibt daher mindestens bedenklich, die Worte »omnibus experiri permitti« in dem vorhin angegebenen Sinne zu nehmen. Viel einfacher ist es, sie gar nicht auf die Frage zu beziehen, in welchem Umfange die mehren Klagen sich wirksam erweisen mögen; sondern vielmehr auf die, ob überhaupt mehr als Eine wirksamer Weise angestellt werden könne. Daß es vor Hermogenian auch hierüber verschiedene Meinungen gab, das beweis't u. A.

4. eine Stelle des Modestinus, L. 53. pr. D. eod.:

> »Plura delicta in una re plures admittunt actiones, sed non posse omnibus uti probatum est; nam si ex una obligatione plures actiones nascantur, una tantummodo, non omnibus utendum est.«

Schon die Vergleichung mit mehren aus Einer Obligatio entspringenden Klagen ergibt, daß Modestinus nicht von einer Mehrzahl unrechtmäßiger Handlungen spricht, welche an einer und derselben Sache verübt worden, sondern von Einer Handlung (so muß una res hier genommen werden), die nur durch ihre verschiedenen Beziehungen mehre Vergehen in sich begreift — also genau von derselben Voraussetzung, welche in der vorigen Stelle Hermogenian vor Augen hat. Aber über die rechtlichen Folgen äußert sich Modestinus in ganz entgegengesetztem Sinne;

Digitized by Google

seiner Meinung nach kann wirksamer Weise nur Eine Klage angestellt werden.

II. Concurs mehrer aus verschiedenen Thatsachen entspringender Klagen.

Außer Zweifel ist, daß die durch verschiedene unrechtmäßige Handlungen verwirkten Privatstrafen insgesammt gefordert werden können, ohne daß die Abtragung der einen auf die andere den mindesten Einfluß hätte [32]).

Nicht minder gewiß ist, daß mehre auf verschiedene Thatsachen gegründete Klagen einander auch in Betreff des Ersatzes keinen Abbruch thun, sobald dieser Verschiedenes zum Gegenstande hat; daher denn namentlich gegen denjenigen, welcher sich in Ansehung derselben Sache mehrmaliger Uebertretungen der **Lex Aquilia** schuldig gemacht hat, die **Legis Aquiliae actio** wegen jeder einzelnen, ihrem ganzen, vollen Umfange nach, angestellt werden kann [33]).

Dagegen ist man verschiedener Meinung über die Beantwortung der Frage, ob die concurrirenden Klagen auch da ohne Einfluß sind auf einander, wo der wegen verschiedener Vorgänge zu fordernde Ersatz denselben Gegenstand hat. Wer diese Frage verneint, erklärt sich eben dadurch für, wer sie bejaht, gegen die Anwendbarkeit unseres Grundsatzes auf den Concurs solcher Klagen, die aus verschiedenen Thatsachen entspringen. Für die Anwendbarkeit desselben spricht die ganz allgemeine Fassung der beiden ersten in diesem Paragraph erwähnten Stellen [34]). Dagegen spricht auf den ersten Blick der §. 2. der angeführten **L. 2. D. d. priv. delict. XLVII, 1.** [35]). Hier nämlich ist da-

32) Die Hauptstelle hierüber ist eine Stelle des Ulpianus, **L. 2. D. d. privat. delict. XLVII, 1.** Das pr. enthält die Regel: »Numquam plura delicta concurrentia faciunt, ut ullius impunitas detur: neque enim delictum ob aliud delictum minuit poenam.«; in den §. §. 1. 4. (al. 3. »Item si quis surreptum« u. s. w.) 5. 6. finden sich Beispiele der Anwendung auf die Concurrenz reiner Pönalklagen unter einander oder mit mixtis actionibus. S. auch **L. 27. pr. D. ad leg. Aquil. IX, 2.**

33) **L. 48. D. ad leg. Aquil. IX, 2. L. 32. §. 1. D. eod.:** »Si idem eundem servum vulneraverit, postea deinde etiam occiderit, tenebitur et de vulnerato et de occiso: duo enim sunt delicta.«

34) der **L. 57. u. der L. 43. §. 1. D. d. R. J.** S. Anm. 1. u. 2.

35) Siehe Anm. 32.

von die Rede, daß derjenige, welcher einen fremden Sclaven geraubt und dann getödtet habe, sowohl mit der **Vi bonorum raptorum**, als mit der **Legis Aquiliae actio** belangt werden könne, ohne daß die eine Klage die andere consumire; und doch haben beide Klagen, insoweit sie reipersecutorisch sind, genau denselben Gegenstand: den Werth des geraubten und getödteten Sclaven. Man darf indessen nicht übersehen, daß der ganze Paragraph nur dazu bestimmt ist, den in dem pr. der Stelle über die Concurrenz der Strafen aufgestellten Grundsatz durch ein Beispiel zu erläutern. Bei diesem Zusammenhange ist es gestattet, dasjenige, was hier von dem Nebeneinanderbestehen der **Vi bonorum raptorum** und der **Legis Aquiliae actio** gesagt wird, auf die beizutreibenden Strafgelder zu beschränken. Ja es ist dies nicht bloß zulässig, es ist sogar nothwendig. Denn in dem gleich folgenden §. 3. (al. 4.) gibt der Umstand, daß in dem vorausgesetzten Falle auch die **Condictio furtiva** begründet ist, zu dieser Bemerkung Veranlassung:

> »**Quaesitum est, si condictum fuerit ex causa furtiva, an nihilo minus Lege Aquilia agi possit. Et scripsit Pomponius, agi posse, quia alterius aestimationis est Legis Aquiliae actio, alterius condictio ex causa furtiva: namque Aquilia eam aestimationem complectitur, quanti eo anno plurimi fuit, condictio autem ex causa furtiva non egreditur retrorsum judicii accipiendi tempus.**«

Also: ginge die **Legis Aquiliae actio** nicht auf ein Mehres, ginge sie nicht auf Strafe, sondern lediglich auf den dem Beschädigten schon durch die **Condictio furtiva** zu Theil gewordenen Ersatz, so würde Pomponius sie für consumirt gehalten haben; es ist daher anzunehmen, daß er sie auch nur eben in Ansehung der Strafe für nicht consumirt achtete; und seine Ansicht wird von Ulpian stillschweigend gebilligt. Diesemnach ist der §. 2. der Anwendung unseres Grundsatzes nur scheinbar entgegen, während der §. 3. offenbar dafür spricht.

Digitized by Google

C. Von den Einreden. (§. §. 160-163.)

a. Römische Ansicht.

† INST. IV, 13. De exceptionibus. IV, 14. De replicationibus. — DIG. XLIV, 1. De exceptionibus, praescriptionibus, et praejudiciis. — COD. VIII, 36. De exceptionibus seu praescriptionibus.

§. 160.

α. Einleitung.

Im allgemeineren Sinne des Wortes heißt **Exceptio**, Einrede, jeder Einwand, wobei man das Recht des Gegners an und für sich entweder zugibt, oder wenigstens auf sich beruhen läßt, dagegen aber irgend einen anderweitigen Umstand geltend macht, welcher die Wirkung des von dem Gegner behaupteten Rechtes mehr oder weniger hemmt. In diesem allgemeineren Sinne kann nicht bloß der Beklagte, sondern auch der Kläger sich einer Einrede bedienen. Der Beklagte kann der Klage Exceptionen entgegensetzen; diese Exceptionen kann der Kläger durch Gegeneinreden entkräften u. s. w. Im engeren Sinne des Worts heißen nun aber bloß diejenigen Einreden Exceptionen, welche der Beklagte der Klage entgegensetzt [1]). Wogegen die übrigen Einreden Replicationen, Duplicationen u. s. w. genannt werden [2]).

Nicht selten finden wir für **Exceptio** im engeren Sinne auch den Ausdruck **Praescriptio** gebraucht. Damit hat es diese Bewandtniß. In früherer Zeit geschah es gelegentlich, aus Gründen, deren Erörterung zu weit führen würde, daß der eigentlichen **Formula** gewisse Modificationen vorangeschrieben wurden, bald zum Vortheil des Klägers, bald zum Vortheil des

1) pr. I. h. t. »— — Comparatae sunt autem exceptiones defendendorum eorum gratia, cum quibus agitur. Saepe enim accidit, ut licet ipsa persecutio, qua actor experitur, justa sit: tamen iniqua sit adversus eum, cum quo agitur.« Vgl. §. §. 1. seq. I. eod.

2) pr. I. d. replicat. »Interdum evenit, ut exceptio, quae prima facie justa videatur, inique noceat. Quod cum accidit, alia allegatione opus est, adjurandi actoris gratia, quae replicatio vocatur, quia per eam replicatur et resolvitur jus exceptionis.« Vgl. §. §. 1. 2. I. eod.

Digitized by Google

Beklagten. Diese vorangeschriebenen Modificationen nannte man **Praescriptiones.** In der Folge behielt man diese Präscriptionen nur noch insofern bei, als sie sich auf den Vortheil des Klägers bezogen; was man früher zum Vortheil des Beklagten der Formel vorangeschrieben hatte, das behandelte man nun als eine **Exceptio** und setzte es daher in die Formel selbst. So war es schon zur Zeit des Gajus [3]). Aber obschon die Sache wegfiel, so erhielt sich doch noch der Name, und daher finden wir in den Justinianischen Rechtsbüchern so oft den Ausdruck **Praescriptio,** wo von einer **Exceptio** die Rede ist. Besonders häufig aber und allein [4]) kommt er vor bei Excerpten, welche sich auf den Verlauf der Zeit gründen: z. B. **Praescriptio longi temporis, praescriptio XXX vel XL annorum** — überhaupt **temporalis praescriptio.**

§. 161.

β. Exceptionen im engeren Sinn.

† INST. IV, 13. † DIG. XLIV, 1. † COD. VIII, 36.

I. Rechtliche Natur.

Wenden wir die Definition, welche früher von einer **Exceptio** im weiteren Sinne gegeben ist, an auf die **Exceptio** im engeren Sinne; so werden wir sagen müssen: eine **Exceptio** ist ein Einwand gegen die Klage, welcher nicht unmittelbar gegen das Recht selbst gerichtet ist, welches der Kläger sich beilegt — wodurch aber irgend ein anderweitiger Umstand geltend gemacht wird, der mittelbarer Weise die Wirkung der angestellten Klage mehr oder weniger hemmt.

Also: es wird ein Einwand vorausgesetzt, welcher nicht unmittelbar gegen das Recht des Klägers gerichtet ist. Ein Einwand, wodurch das Recht des Klägers an und für sich in Abrede gestellt wird, heißt bei den Römern niemals **Exceptio.** Daher wissen denn auch die Römer nichts von einer **Exceptio solutionis.** Nur die Neuern bedienen sich dieses Ausdrucks.

3) Man sehe hierüber Gaj. IV. §. 130. et seq.

4) Denn siehe Brisson. s. v. Praescriptio.

Digitized by Google

Der Römiſche Sprachgebrauch geſtattet ihn nicht. Denn wenn derjenige, welcher aus einer Forderung belangt wird, behauptet, gezahlt zu haben, ſo ſtellt er ja damit das Recht ſelbſt in Abrede, welches der Kläger ſich beilegt; ſobald der Schuldner Zahlung geleiſtet hat, ſo hört die Forderung des Gläubigers **ipso jure** auf. Ungeachtet nun aber der Beklagte dadurch, daß er ſich einer **Exceptio** bedient, das Recht des Klägers an und für ſich nicht in Abrede ſtellt, ſo folgt doch hieraus noch keineswegs, daß er es zugebe, daß er es einräume [1]).

So viel hierüber. Nun aber heißt es in unſerer Definition weiter: der Beklagte, wenn er ſich einer **Exceptio** bediene, beziehe ſich jederzeit auf irgend einen anderweitigen Umſtand. Dieſer Umſtand kann nun ſehr mannichfaltiger Art ſein. Das Gemeinſame aber wird immer darauf hinauskommen: inwiefern man bloß das Recht des Klägers an und für ſich ins Auge faßt, inſofern mag behauptet werden, er könne dasjenige, was er verlangt, von dem Beklagten allerdings fordern. Erwägt man nun aber zugleich auch den Umſtand, auf welchen ſich in ſeiner Exception der Beklagte beruft, ſo erſcheint entweder die Art und Weiſe unpaſſend, wie der Kläger ſein Recht geltend zu machen ſucht, oder es erſcheint unpaſſend, daß er es überhaupt geltend macht. Daher werden wir ſagen müſſen: der Beklagte wird durch den Kläger beeinträchtiget, und er kann verlangen, daß dieſe Beeinträchtigung aufgehoben werde. Inſofern liegt denn jeder **Exceptio** ein obligatoriſches Verhältniß zum Grunde, eben wie dies auch bei den Klagen der Fall iſt. Aber fragen wir nach dem entferntern Grunde, ſo kann dieſer verſchiedenartig ſeyn. Er kann in einem ſchon von Haus aus obligatoriſchen Verhältniſſe liegen: ſo bei **Metus exceptio**, **Doli exceptio**. — Er kann aber auch in irgend einer geſetzlichen Beſtimmung enthalten ſein, aus der an und für ſich kein obligatoriſches Verhältniß hervorgeht; wie dieß z. B. der Fall iſt bei der **Exceptio SCti Vellejani**, bei der **Exceptio SCti Macedoniani**, und

1) Dies iſt ausgedrückt in L. 9. D. h. t. »Non utique existimatur confiteri de intentione adversarius, cum quo agitur, quia exceptione utitur.« Vgl. L. 9. C. eod.

Digitized by Google

bei allen den Exceptionen, die ihren Grund in processualischen Vorschriften haben. — Uebrigens, wenn wir von diesen processualischen Vorschriften absehen, so wird mehrentheils zwischen der Klage und der Exception dagegen dieses Verhältniß obwalten: die Klage erscheint als das Resultat des strengen Rechts, die Exception aber als eine Limitation jenes strengen Rechtes nach Grundsätzen der Billigkeit, der Aequitas [2]). Indessen läßt sich dies doch nicht allgemein behaupten; so z. B. nicht in folgendem Falle: Wer eine Sache von einem Nichteigenthümer tradirt erhalten hat und sich dabei in bona fide befindet, der wird zwar durch die Tradition noch keineswegs Eigenthümer, wohl aber gelangt er dadurch in die Lage, die Sache zu usucapiren und auf diesem Wege dereinst Eigenthümer zu werden. Bekanntlich gibt nun aber der Prätor, nach Grundsätzen der Aequitas, einem solchen Besitzer schon während der Usucapionsfrist eine der Rei vindicatio analoge Klage, die Publiciana Actio, womit der Besitzer, wenn er den Besitz verliert, die Sache von demjenigen, welcher sie gegenwärtig inne hat, zurückfordern kann. Gesetzt indessen, der gegenwärtige Inhaber ist der wahre, wirkliche Eigenthümer, dann wird dieser der Klage die Exceptio dominii entgegensetzen können. Hier also ist das Verhältniß dieses: die Klage beruhet auf bloßer Aequitas, die Exceptio aber beruhet auf der Strenge des Rechts, welcher allerdings aber zugleich die Aequitas ebenfalls zur Seite steht: denn offenbar spricht auch die Aequitas hier mehr für den Beklagten als für den Kläger [3]).

Noch muß ich auf den Umstand aufmerksam machen, daß die Verhältnisse, worauf die Exceptionen sich beziehen, bald von der Art sind, daß sie *sowohl* eine Klage, *als* eine Exception begründen können; bald aber auch von der Art, daß sie im Proceß *nur* eben im Wege einer Exceptio können geltend gemacht werden: Klage und Einrede bringt z. B. das Eigenthum hervor. Daß es eine Klage gewährt, versteht sich; aber daß es gelegentlich auch vermittelst einer Einrede geltend gemacht werden kann, haben wir so eben gesehen. Eben so bringen Furcht

2) pr. et §. §. 1 - 4. I. h. t. (S. ob. §. 160. Anm. 1.)

3) L. 16. D. d. Publiciana in r. a. VI, 2.

und Zwang, desgleichen Betrug beides hervor, Klage und Einrede: Actio quod metus causa und Exceptio metus; Actio de dolo und Exceptio doli. — Das Gleiche gilt bei einem Eide, bei einem rechtskräftigen Erkenntnisse u. s. w. — Dagegen gibt z. B. der bloße Verlauf der Zeit, binnen welcher der Andere hätte klagen müssen, nur eine Exceptio. Eben so das Recht, welches der Bürge hat, zu verlangen, daß der Hauptschuldner vor ihm ausgeklagt werde. Dieses Recht läßt sich nur durch eine Exception geltend machen: Exceptio ordinis. Auf eine gleiche Weise verhält es sich bei mehren Bürgen mit der Befugniß, Theilung zu fordern: Exceptio divisionis, u. s. w.

Der Schluß unserer Definition weis't darauf hin, daß die Wirkung der Klage durch die Einreden des Beklagten mehr oder weniger gehemmt werden könne. Was es mit diesem mehr oder weniger für eine Bewandtniß habe, wird sich in dem nun folgenden Abschnitte von den verschiedenen Arten der Exceptionen zeigen.

II. Arten.

Zuerst verdient angeführt zu werden die Eintheilung der Exceptionen in peremptoriae sive perpetuae und dilatoriae sive temporales [4]).

Wirkt die Einrede dem Klagrechte selbst entgegen, dergestalt, daß der Kläger mit seinen Ansprüchen überhaupt, oder wenigstens mit einem Theile derselben schlechthin abgewiesen werden muß, so wird sie eine peremptoria genannt, im Deutschen: eine zerstörliche Einrede. In welcher Weise auch der Kläger seine Klage vorbringen mag, immer wird die Einrede ihm entgegengesetzt werden können; und eben so wenig hat er es in seiner Gewalt, die Einrede dadurch zu vermeiden, daß er die Anstellung der Klage verschiebt. Hierher gehören z. B. die Metus exceptio, die Doli exceptio u. s. w.

Ist es dagegen nicht das Klagrecht selbst, welches durch die Einrede entkräftet wird, sind es vielmehr nur gewisse äußere Beziehungen der Klage, welche zu der Einrede Veranlassung ge-

4) §. §. 7 - 10. (8 - 11.) I. h. t. L. 2. §. ult. L. 3. D. eod.

ben; so wird sie eine dilatoria genannt, im Deutschen: eine verzögerliche Einrede. Eine solche Einrede hemmt die Wirkung der Klage nur vorübergehend. Dahin gehören alle diejenigen Einreden, welche nur durch einen Verstoß des Klägers gegen das Förmliche des processualischen Verfahrens begründet werden. So wenn die Klage bei einem incompetenten Gerichte angebracht wird. Das Klagrecht selbst wird dadurch keineswegs alterirt; es kommt nur darauf an, daß der begangene Fehler verbessert werde. Ferner gehören hierher diejenigen Einreden, in Folge deren die Klage sich darstellt, als zu früh erhoben; dergleichen Einreden kann der Kläger vermeiden, wenn er die Anstellung der Klage verschiebt: so wenn er mit dem Beklagten einen Stundungsvertrag eingegangen ist. Klagt er hier vor dem Ablauf der Zeit, für welche er dem Beklagten Stundung verheißen hat, so setzt er sich einer Einrede aus, welche die Wirkung hat, daß er einstweilen abgewiesen wird. Klagt er dagegen später erst, so fällt die Einrede ganz und gar weg. — Uebrigens muß ich bemerken: Wenn die dilatoriae exceptiones auch temporales genannt werden, so wird da der Ausdruck temporalis exceptio in einer ganz andern Bedeutung genommen, als diejenige ist, welche wir im §. 148., in der Lehre von den Klagen, kennen gelernt haben. Dort bedeutet temporalis exceptio so viel als: Einrede der Verjährung, also eine Einrede, die ihren Grund in dem Verlaufe der Zeit hat. Hier aber, wo temporalis exceptio identisch ist mit dilatoria exceptio, da bezeichnet der Ausdruck temporalis die auf Zeit beschränkte Wirkung der Einrede.

Zweitens werden die Exceptionen eingetheilt in solche, quae personae cohaerent, und in exceptiones rei cohaerentes [5]). Jene sind streng an die Person gebunden, dergestalt,

5) L. 7. D. h. t. »Exceptiones, quae personae cujusque cohaerent, non transeunt ad alios, veluti ea, quam socius habet exceptionem, quod facere possit, vel parens patronusve, non competit fidejussori: sic mariti fidejussor post solutum matrimonium datus, in solidum dotis nomine condemnatur.« §. 1. »Rei autem cohaerentes exceptiones etiam fidejussoribus competunt: ut rei judicatae, doli mali, jurisjurandi, quod metus causa factum est. Igitur et si reus pactus sit in rem, omnimodo competit exceptio fideijussori. Intercessionis quoque exceptio — — etiam fidejussori competit. Idem dicitur et si pro filiofamilias contra Senatusconsultum

Digitized by Google

daß sie nicht einmal dem Erben des zunächst Berechtigten zu Statten kommen; dieser mögen sich außer dem zunächst Berechtigten auch noch andere Personen bedienen: sie gehen auf die Successoren über; sie kommen den Bürgen zu Gute u. s. w.

Drittens. Wir haben gesehen, daß von gewissen Klagen gesagt wird: sie wären in rem scriptae. (S. §. 137. Nr. 3.) Dieser Ausdruck kommt auch in Beziehung auf Exceptionen vor. So wird namentlich [6]) von der **Metus exceptio** gesagt, sie sei **in rem scripta**, um deswillen nämlich, weil sie Jedem entgegengesetzt werden kann, der das erzwungene Geschäft gegen uns geltend machen will, er sei nun der Zwingende selbst, oder sonst irgend ein Anderer.

Viertens. Wie man benannte und unbenannte Klagen unterscheidet, so auch benannte und unbenannte Einreden. Die unbenannten Einreden, d. h. diejenigen, für welche es keine eigenthümliche technische Namen gibt, heißen in den Quellen **In factum exceptiones**. Sehr häufig wird indessen da, wo von einer **Exceptio** die Rede ist, auch der Ausdruck **Doli exceptio** gebraucht. Da wird denn **Dolus** in einem so weiten Sinne genommen, daß darunter jede Art von Unredlichkeit begriffen ist, Alles und jedes, was gegen die **Bona fides** ist. In diesem Sinne kann man Jedem den Vorwurf des **Dolus** machen, welcher klagt, ungeachtet er weiß, daß dem Gegner eine gegründete **Exceptio** zu Gebote steht; und in dieser Beziehung wird jede **Exceptio** eine **Doli exceptio** genannt werden können, auch wenn sie einen eigenthümlichen Namen hat; am häufigsten indessen kommt diese Art der Bezeichnung bei den unbenannten Einreden vor [7]).

quis fidejusserit, aut pro minore XXV annis circumscripto.« — —

6) In L. 4. §. 33. D. d. doli mali et metus except. XLIV, 3. »— — enimvero metus causa exceptio in rem scripta est, si in ea re nihil metus causa factum est: ut non inspiciamus, an is, qui agit, metus causa fecit aliquid, sed an omnino metus causa factum est in hac re a quocunque, non tantum ab eo, qui agit. Et quamvis de dolo auctoris exceptio non objiciatur, veruntamen hoc jure utimur, ut de metu non tantum ab auctore, verum a quocunque adhibito exceptio objici possit.«

7) Wegen des hier Gesagten verweise ich auf L. 2. §. 5. D. eod. »Et generaliter sciendum est, ex omnibus in factum exceptionibus doli oriri exceptionem: quia dolo facit, qui id, quod quaqua exce-

Digitized by Google

Fünftens wird unterschieden zwischen solchen Einreden, die sich aus dem Jus civile, und solchen, die sich aus dem Jus honorarium herschreiben [8]).

III. Einzelne Bemerkungen.

I. Der Gebrauch der Klagen ist in gewisse Zeitgrenzen eingeschlossen; es fragt sich, ob und inwieweit dies auch bei den Exceptionen der Fall sei. Die Antwort hierauf ergibt sich durch folgende Betrachtungen: Der Beklagte kann seine Einreden nicht, nach Willkür, in jedem Stadium des Processes vorbringen. Das Römische Recht enthält hierüber allerdings keine so bestimmte Vorschriften, wie wir sie heutiges Tages haben, aber es ist doch, auch nach Römischem Rechte schon, Regel, daß die Exceptionen zu Anfange des Processes vorgeschützt werden müssen, eine Regel, die allerdings nicht ohne Ausnahme ist. Es gibt Exceptionen, die noch, nach bereits gesprochenem Urtheil, vorgeschützt werden können; man pflegt von diesen Exceptionen zu sagen, sie seien noch in limine executionis zulässig. Dahin gehört z. B. die Exceptio SCti Macedoniani, desgleichen die Exceptio SCti Vellejani.

In den bisher bezeichneten Beziehungen sind nun also die Exceptionen an eine gewisse Zeit gebunden — außerdem aber, wenigstens der Regel nach, nicht [9]). Einige Neuere zwar haben die Behauptung aufgestellt, daß diejenigen Exceptionen, deren Stoff geeignet ist, auch die Gestalt einer Klage anzunehmen, derselben Verjährung unterworfen wären, wie die ihnen entsprechenden Klagen; allein diese Behauptung hat keinen gesetzlichen Grund; vielmehr widerstreitet sie geradezu den eben in Note 9. angeführten Stellen. Unsere Regel leidet nur wenige, einzelne

ptione elidi potest, petit: nam etsi inter initia nihil dolo malo facit, attamen nunc petendo facit dolose: nisi si talis sit ignorantia in eo, ut dolo careat.«

8) §. 6. (7.) I. h. t.

9) L. 5. §. 6. D. d. doli exc. XLIV, 4. »Non sicut de dolo actio certo tempore finitur, ita etiam exceptio eodem tempore danda est, nam haec perpetuo competit: cum actor quidem in sua potestate habeat, quando utatur suo jure; is autem, cum quo agitur, non habeat potestatem, quando conveniatur.« Vgl. L. 5. C. h. t.

Digitized by Google

Ausnahmen. Es gibt Exceptionen, die schon ihrem Begriffe nach auf Zeit beschränkt sind: so die Einrede aus einem Stundungsvertrag, oder auf den Grund eines Moratoriums [10]). Bei andern Exceptionen beruht die Zeitbeschränkung auf besonderen positiven Bestimmungen. Dies ist der Fall mit der einem Filiusfamilias, nach aufgelöst'ter väterlicher Gewalt, zustehenden sogenannten Exceptio competentiae, desgleichen mit der Exceptio non numeratae pecuniae und mit der Exceptio non numeratae dotis. Das Nähere über diese Einreden wird in der Folge vorkommen in den §. §. 413. 477. 690.

2. Es können Jemanden in Bezug auf ein und dasselbe Rechtsverhältniß, in Bezug auf einen und denselben Rechtsstreit mehre Exceptionen zu Gebote stehen; dann hängt es von ihm ab, ob er sich nur der einen oder der andern, oder ob er sich aller neben einander bedienen will [11]).

§. 162.

γ. Replicationen, Duplicationen u. s. w.

† INST. IV, 14.

1. Der Kläger kann sich gegen die von dem Beklagten vorgebrachte Exceptio möglicher Weise durch eine Gegeneinrede schützen: eine solche Gegeneinrede heißt Replicatio [1]). Z. B. es wird aus einer Schuld geklagt. Der Beklagte excipirt, der Kläger habe sich vertragsmäßig anheischig gemacht, die Schuld nicht beizutreiben. Hier kann der Kläger möglicher Weise repliciren, er sei zu dem Vertrage gezwungen worden.

2. Setzt der Beklagte der Replicatio des Klägers abermals eine Einrede entgegen, so wird diese Duplicatio genannt [2]).

3. Eine Gegeneinrede des Klägers gegen die Duplicatio des Beklagten heißt Triplicatio [3]).

10) §. 9. (10.) I. h. t.

11) L. 5. L. 8. D. h. t.

1) pr. I. h. t. (S. §. 160. Not. 2.) L. 2. §. 1. D. h. t. (XLIV, 1.) L. 22. §. 1. D. eod. »Replicatio est contraria exceptio, quasi exceptionis exceptio.«

2) §. 1. I. h. t. L. 2. §. 3. D. XLIV, 1. (Die Vulg. hat: ».. contra replicationem solet dari duplicatio et contra duplicationem triplicatio.....« Hal. lief't: ».. c. replicationem d. e. c. d. solet dari t.....« In dem Cod. Flor. fehlen die Worte d. e. c. d.)

3) §. 2. I. h. t. cit. L. 2. §. 3. D. eod.

Digitized by Google

4. Eine etwaige Einrede des Beklagten gegen die Triplicatio des Klägers wird Quadruplicatio genannt [4]).

§. 163.

a. Abweichende Ansicht der meisten Neueren.

Unter den Neueren haben (verhältnißmäßig) nur wenige Schriftsteller den ächt Römischen Begriff einer Exceptio festgehalten. Die Meisten geben dem Begriffe eine größere Ausdehnung. In der Feststellung dieses weiteren Begriffes sind sie nun aber nicht selten schwankend. Am bestimmtesten scheint folgende Bezeichnung des Begriffes zu sein: Einrede, gedacht als Vertheidigungsmittel des Beklagten gegen die Klage, ist jede selbstständige Behauptung, welche der Beklagte zu seiner Vertheidigung aufstellt. Durch diese Bestimmung des Begriffes wird ausgeschlossen zuerst jede Behauptung des Beklagten, durch welche die von dem Kläger angeführten rein factischen Umstände geradezu geläugnet werden. Ferner ist ausgeschlossen jede Behauptung, durch welche nur die Richtigkeit der in der Klage enthaltenen Rechtsdeduction in Abrede gestellt wird. Jeder andere Einwand fällt unter den Begriff der Einrede.

Ausgehend nun von einem solchen weiteren Begriffe, unterscheiden viele Neuere zwischen Einreden der Thathandlung, Exceptiones facti — und Einreden des Rechts, Exceptiones juris. Ueber die Bedeutung dieses Unterschiedes ist man aber nicht durchaus einig. Mehrentheils auch sind die Definitionen, welche gegeben werden, nicht mit der erforderlichen Bestimmtheit und Richtigkeit des Ausdrucks gefaßt. Will man indessen die Vorstellung, welche die Meisten sich von der Sache machen, richtig bezeichnen, so muß man sagen: unter Exceptio juris wird verstanden die Berufung auf einen Thatumstand, welcher die Wirksamkeit der Klage mittelbar hemmt; kurz das, was die Römer Exceptio schlechthin nennen. Dagegen besteht eine Exceptio facti in der Berufung auf einen Thatumstand, wodurch das dem Kläger früher zuständig gewesene Recht späterhin ipso jure aufgehoben ist. Es ist klar, daß in einer solchen Exceptio facti ein

4) cit. L. 2. §. 3. D. §. 3. I. h. t.

Digitized by Google

Abläugnen des Klaggrundes liegt, und sonach etwas, das einer richtigen Ansicht nach unter den Begriff der Litiscontestation fällt. Besonders tadelnswürdig ist, daß sich die meisten Neuern für ihren erweiterten, ganz unrichtigen Begriff des Römischen Ausdrucks **Exceptio** bedienen: denn dies führt zum Mißverstehen der Quellen.

Ich habe hier zunächst nur von den Einreden des Beklagten gegen die Klage gesprochen. Aber der erweiterte Begriff, den so viele Neuere in dieser Beziehung aufstellen, findet natürlich analoge Anwendung auch auf Replicationen, Duplicationen u. s. w.

D. Von der Litiscontestation*). (§. §. 164. 165.)

† COD. III, 9. De litis contestatione.

§. 164.

a. Begriff und Eintheilungen.

Ueber den Römischen Begriff der Litiscontestation habe ich mich bereits im §. 135. erklärt. Dort haben wir gesehen, daß die Litiscontestation selbst noch im neueren Römischen Rechte eine zweiseitige Handlung ist. Heutiges Tages aber verstehen wir unter der Litiscontestation eine einseitige Handlung des Beklagten, nämlich die Erklärung desselben über die Wahrheit oder Unwahrheit der Thatsachen, auf welche der Kläger sein Recht gründet. Daher brauchen wir denn auch, ganz gegen den Römischen Sprachgebrauch, den Ausdruck **Litem contestari** immer nur von dem Beklagten. Die Deutschen Ausdrücke für **Litis contestatio** sind: Kriegsbefestigung; Einlassung auf die Klage; Einlassung schlechthin.

Die Eintheilungen der Litiscontestation beziehen sich auf den Begriff, welchen wir heutiges Tags mit derselben verbinden.

Zuerst nämlich theilen wir die Litiscontestation, nach Maßgabe ihres Inhalts, ein in die **affirmativa, negativa** und **mixta**. Nämlich: inwiefern der Beklagte den Grund der Klage zugibt, insofern heißt die Litiscontestation eine affirmative,

*) F. L. Keller, Ueber Litiscontestation und Urtheil nach classischem Römischen Rechte. Zürich. 1827. 8.

Digitized by Google

bejahende. Inwiefern er die der Klage zu Grunde liegende Thatsache in Abrede stellt, insofern nennt man die Litiscontestation eine negative, verneinende. Nun kann es aber auch geschehen, daß der Beklagte Einiges zugesteht und Anderes abläugnet: dann nennt man die Litiscontestation eine **mixta**, eine gemischte.

Eine zweite Eintheilung der Litiscontestation, welche bei den Neueren vorkommt, ist die in die **Litis contestatio vera** und in die **Litis contestatio ficta**. Unter dieser letzteren, unter der erdichteten Litiscontestation, versteht man eine solche, welche für geschehen angenommen wird, ungeachtet sie nicht erfolgt ist. Nämlich, wenn der Beklagte, obschon dazu gehörig aufgefordert, sich dennoch ungehorsamer Weise auf die Klage nicht einläßt — so wird die nicht erfolgte Litiscontestation als erfolgte angesehen. Dabei entsteht nun aber die Frage: was für eine Art der Litiscontestation wird in diesem Falle fingirt? Betrachtet man den Grund der Klage als zugestanden, oder als abgeläugnet? Nach den, auf der Vorschrift der Reichsgesetze [1]) beruhenden Principien des gemeinen Rechtes wird, der Regel nach, der Grund der Klage für abgeläugnet geachtet [2]); nach Particularrechten aber hält man den Beklagten häufig für geständig [3]). Das Nähere gehört in den Proceß.

§. 165.

b. Wirkungen.

Wir wollen zunächst das ältere Römische Recht ins Auge fassen; es bildet die Grundlage des neueren. Die Hauptwirkungen der Litiscontestation waren diese:

1. Sie begründete zwischen den Parteien eine eigenthümliche **Obligatio**, welche man, obschon dabei in der That kein Vertrag zu Grunde lag, doch als eine vertragsähnliche betrachtete. Diese **Obligatio** verpflichtete die Parteien gegenseitig, sich die weitere Verhandlung des Processes vor dem vom Magistratus bestellten

1) Cammerger. Ordn. von 1555. Th. III. Tit. 43. §. 4.

2) Martin, Civilproc. §. 153. Note e. und §. 162. Note c.

3) So namentlich nach Sächsischem Rechte. Uebrigens vgl. Glück, III. S. 517. folg.

Digitized by Google

Judex gefallen zu laſſen, namentlich alſo auch, es ſich gefallen zu laſſen, daß in dieſem Judicium die Sache entſchieden werde.

2. Mit der Entſtehung dieſer Obligatio war verbunden die Conſumption der angeſtellten Klage, d. h. die Klage konnte, wenn es einmal zur Litisconteſtation gekommen war, wiederholt und aufs Neue entweder gar nicht mehr, oder doch wenigſtens nicht mehr mit Erfolg angeſtellt werden.

3. Die Litisconteſtation war von weſentlichem Einfluß auf das Officium judicis. Dem Judex lag nämlich ob, dafür Sorge zu tragen, daß der Kläger durch die etwaige Verzögerung der Entſcheidung keinen Schaden litte. — Dies waren die Hauptwirkungen der Litisconteſtation. Die übrigen laſſen ſich, zwar nicht insgeſammt, aber doch meiſtentheils, aus dieſen, als aus ihrer Quelle ableiten.

Im neuern Römiſchen Rechte ſtoßen wir auf manche Modificationen der früheren Grundſätze. Namentlich ſehen wir einige Wirkungen, welche ehedem die Litisconteſtation hatte, andern proceſſualiſchen Handlungen beigelegt. Manches iſt jetzt ſchon Folge einer früheren proceſſualiſchen Handlung, nämlich der an den Beklagten erlaſſenen Ladung. Dahin gehört namentlich, daß die Verjährung der Klagen, die ehedem erſt durch die Litisconteſtation unterbrochen wurde, jetzt ſchon durch die Citation unterbrochen wird. (Siehe §. 152.) Dagegen tritt umgekehrt eine Hauptwirkung, welche ehemals die Litisconteſtation mit ſich führte, jetzt erſt in einem ſpäteren Stadium des Proceſſes ein — ich meine die Conſumption der angeſtellten Klage. In den Juſtinianiſchen Rechtsquellen kommen allerdings Stellen vor, die darauf hinweiſen, daß die Conſumption der Klagen ſchon mit der Litisconteſtation eintrete; dieſe Stellen haben jedoch in dieſer Beziehung nur eine hiſtoriſche Bedeutung. Nach Juſtinianiſchem Rechte wird die angeſtellte Klage erſt durch das Urtheil conſumirt, wie wir ſehen werden in dem Abſchnitte von den richterlichen Erkenntniſſen. — Alſo: einige der Wirkungen, welche die Litisconteſtation ehemals hatte, kommen ihr nach Juſtinianiſchem Rechte nicht mehr zu. Inwieweit ſich indeſſen eine Abweichung von dem älteren Rechte nicht eigens und beſonders nachweiſen

Digitized by Google

läßt — insoweit müssen wir sagen: die Litiscontestation hat im Justinianischen Rechte noch dieselben Wirkungen, wie zur Zeit der classischen Juristen.

Heutiges Tags fallen allerdings manche dieser Wirkungen weg. Von denjenigen aber, welche noch bestehen, betreffen einige bloß das Formelle des gerichtlichen Verfahrens, während andere von materieller Bedeutung sind. Jene gehen uns hier nichts an; diese dagegen will ich nunmehr im Einzelnen angeben.

Erstens. Bei **In rem actionibus**, durch welche Jemand in seiner Eigenschaft als Besitzer einer Sache in Anspruch genommen werden soll, wie das der Fall ist bei der **Hereditatis petitio**, bei der **Rei vindicatio** u. s. w. wird, vom Augenblick der Litiscontestation an, auch der Nichtbesitzer, als Besitzer behandelt. Man sagt von demjenigen, der, ohne Besitzer zu sein, dennoch auf den Rechtsstreit eingeht: »**Reum liti se offerre.**« Ein solcher kann vor der Litiscontestation noch immer zurücktreten, nach der Litiscontestation aber nicht mehr, außer wenn er nachzuweisen vermag, der Kläger habe gewußt, daß er nicht Besitzer sei [1]).

Zweitens. Es gibt ausnahmsweise Rechtsmittel von der Beschaffenheit, daß an und für sich der Erbe auf den Grund derselben keine Klage erheben, oder daß an und für sich der Erbe darauf nicht belangt werden kann. Ich weise deshalb auf den §. 147. Diese Verhältnisse nun werden durch die Litiscontestation auf eine eigenthümliche Weise modificirt. Nämlich: der Erbe kann eine Klage, die er nicht anstellen könnte, fortsetzen, sobald es schon bei Lebzeiten des Erblassers zur Litiscontestation gekommen ist. Und eben so: eine Klage, die ich gegen den Erben nicht anstellen könnte, werde ich gegen ihn mit demselben Erfolge, wie gegen seinen Erblasser fortsetzen können, sobald der Proceß gegen diesen bereits bis zur Litiscontestation gediehen war [2]).

1) L. 13. §. 13. L. 45. D. d. H. P. V, 3. L. 25. bis L. 27. pr. D. d. R. V. VI, 1. L. ult. D. si usufr. petatur. VII, 6.

2) §. 1. I. d. perpetuis et temporalib. actionibus et quae in heredes et ad heredes transeant. IV, 12. L. 58. D. d. O. et A. XLIV, 7. L. 87. d. R. J. »Nemo enim in persequendo deteriorem causam,

Digitized by Google

Drittens. Wird der Beklagte verurtheilt, so muß der Kläger durch das Urtheil in denjenigen Zustand versetzt werden, in welchem er sich befinden würde, wenn der Beklagte ihn befriediget hätte schon zur Zeit der Litiscontestation. Daraus folgt:

1. In jedem Rechtsstreite, wobei es auf die Leistung einer Sache ankommt, kann der Kläger von der Zeit der Litiscontestation an, außer der Sache selbst, auch die ganze Causa rei in Anspruch nehmen, d. h. er kann Anspruch machen auf die Accessionen, welche seit der Litiscontestation zu der Sache hinzugekommen sind; desgleichen auf die in die Zeit nach der Litiscontestation fallenden Früchte; ferner auf den Ersatz alles, der Sache, seit der Litiscontestation, durch des Gegners Verschuldung zugefügten Schadens [3]). Es gilt dies nach Römischem Rechte, selbst von stricti juris actiones. Wenn jedoch die Klage zum Hauptgegenstand eine Geldleistung hat, so kann der Kläger, wenigstens der richtigeren Meinung nach, Zinsen, um der bloßen Litiscontestation Willen, nicht fordern. Denn der allgemeine Grundsatz, daß der Kläger von der Litiscontestation an auf omnis causa Anspruch machen könne, kann hier nicht zur Anwendung gebracht werden, weil Zinsen, wozu kein specieller, von der Litiscontestation unabhängiger Grund vorhanden ist, nicht zur Causa rei gehören. Auch kann von den Früchten nicht auf Zinsen geschlossen werden. Denn wenn gleich Ulpian in einer Stelle [4]) sagt:

sed meliorem facit. Denique post litem contestatam heredi quoque prospicitur, et heres tenetur ex omnibus causis.« Vgl. L. 139. pr. L. 164. D. eod. L. un. C. ex delict. defunctor. in quant. hered. conveniantur. IV, 17.

3) Das Princip selbst findet sich angegeben in L. 31. pr. d. R. C. XII, 1. desgleichen in L. 2. L. 3. §. 1. L. 38. §. 7. D. d. usur. XXII, 1. L. 25. §. 8. d. aedilit. edict. XXI, 1. L. 40. pr. d. H. P. V, 3., in letzterer Stelle zugleich eigenthümliche Modificationen desselben: »Istud quoque, quod in oratione Divi Hadriani est: ut post acceptum judicium id actori praestetur, quod habiturus esset, si eo tempore, quo petit, restituta esset hereditas, interdum durum est: quid enim si post litem contestatam mancipia aut jumenta, aut pecora deperierint? damnari debebit secundum verba orationis, quia potuit petitor restituta hereditate distraxisse ea. Et hoc justum esse in specialibus petitionibus, Proculo placet; Cassius contra sensit. In praedonis persona Cassius recte existimat: in bonae fidei possessoribus Cassius; nec enim debet possessor mortalitatem praestare aut propter metum hujus periculi temere indefensum jus suum relinquere.» Vgl. auch L. 3. pr. D. d. usur.

4) L. 34. D. d. usur. XXII, 1.

Digitized by Google

»Usurae vicem fructuum obtinent, et merito non debent a fructibus separari: et ita in legatis et fideicommissis et in tutelae actione, et in ceteris judiciis bonae fidei servatur.«

so lehrt doch Paulus in einer anderen [5]):

»Usura pecuniae, quam percipimus, in fructu non est, quia non ex ipso corpore, sed ex alia causa est, i. e. nova obligatione.«

Außerdem bezeichnet Ulpian nur gewisse Klagen, bei welchen Zinsen und Früchte geleistet werden sollen, und bei diesen allen sind die Zinsen wegen Mora zu leisten [6]). Und so ist der allgemeine Satz, welcher aus jener Stelle abzuleiten ist, nur dieser: wo überhaupt Zinsen gefordert werden können, da müssen sie gleich den Früchten zuerkannt werden [7]). Daher haben auch die angesehensten Juristen behauptet, daß bei stricti juris judiciis Officio judicis gar keine Zinsen zuzuerkennen seien, selbst nicht von der Litiscontestation an [8]). — Wenn also wegen der bloßen Litiscontestation keine Zinsen gefordert werden können, so kann doch die Frage entstehen, ob dies nicht dennoch wegen der Mora der Fall sei; denn durch die Insinuation der Klage ist allerdings die Interpellation des Schuldners, welche zur Mora erfordert wird, erfolgt. Allein die Mora setzt zu ihrer Begründung ferner voraus, daß Jemand Ursache gehabt habe, sich für verpflichtet zu halten [9]), und dieses Erforderniß ist hier keineswegs mit Nothwendigkeit vorhanden: denn »qui sine dolo malo ad judicium provocat, non videtur moram facere« [10]); und »si quis solutioni quidem moram fecit, judicium autem accipere paratus fuit, non videtur fecisse moram, utique si juste ad judicium provocavit [11]).«

5) L. 121. D. d. V. S.

6) So namentlich bei der Actio ex testamento. S. Paulus, III, 8. §. 4. cfr. Gaj. II. §. 280. — Auch bezieht sich die L. 34. D. cit. v. Ulpian zunächst auf das SCtum wegen der Hereditatis petitio, wie sich bei der Vergleichung mit L. 20. L. 25. L. 27. L. 29. D. d. H. P. V, 3. aus den Inscriptionen ergibt, da sämmtliche Stellen aus Lib. XV. ad Edictum geschöpft sind.

7) Nur dieses ist daher der Sinn von L. 35. D. d. usur. »Lite contestata usurae currunt.«

8) So namentlich Noodt, de foenore et usuris. Lib. III. c. 12. Wegen der heutigen Anwendbarkeit dieses Satzes vergleiche §. 142.

9) L. 5. D. d. R. C. XII, 1.

10) L. 13. D. d. R. J.

11) L. 24. pr. D. d. usur.

Digitized by Google

2. Bei der Rei vindicatio insbesondere wird von der Litiscontestation an, der bonae fidei possessor dem malae fidei possessor insofern gleich geachtet, daß er, Falls der Kläger den Sieg davon trägt, in Bezug auf die Zeit nach der Litiscontestation an Früchten und Schadenersatz dasselbe zu leisten hat, was er zu leisten haben würde, wenn er malae fidei possessor war — mit dem Unterschiede jedoch, daß er für bloße Unglücksfälle niemals haftet [12]). Bei der Hereditatis petitio tritt diese Gleichstellung des bonae fidei possessor mit dem malae fidei possessor schon in einem früheren Stadium des Processes, nämlich schon a mota controversia ein [13]).

3. Denken wir uns bei der Rei vindicatio den Fall: der Beklagte befindet sich in der Lage, die von ihm besessene Sache auf dem Wege der ordentlichen Ersitzung zu der seinigen zu machen. Hier wird er, der erfolgten Litiscontestation ungeachtet, die begonnene ordentliche Ersitzung fortsetzen können; ja es ist möglich, die Entscheidung des Processes zieht sich so sehr in die Länge, daß die zur ordentlichen Ersitzung erforderliche Frist noch vor der erfolgten Entscheidung abläuft. Hier werden wir sagen müssen: jetzt ist der Beklagte Eigenthümer — der Kläger hat aufgehört Eigenthümer zu sein. Aber nichts desto weniger muß der Beklagte verurtheilt werden, sobald nur der Kläger zur Zeit der Litiscontestation Eigenthümer war. Der Beklagte muß jetzt verurtheilt werden, das ihm während des Processes erworbene Eigenthum auf den Kläger zurück zu übertragen. Aus dem Grunde nämlich, weil der Kläger unter der Verzögerung der Entscheidung nicht leiden darf. Daß es sich in unserm Falle auf die hier bezeichnete Weise verhalte, lehren auf das Bestimmteste unsere Quellen [14]). Die unter den Neuern sehr verbreitete Meinung, daß die Anstellung des Processes den Lauf der ordentlichen Ersitzung unterbreche, ist durchaus unrichtig [15]).

12) L. 45. D. d. R. V. VI, 1. L. 22. C. eod. III, 32. »Certum est, malae fidei possessores omnes fructus solere cum ipsa re praestare, bonae fidei vero exstantes, post autem Litis contestationem universas.« — cit. L. 40. pr. d. H. P. (S. Note 3.) L. 16. pr. D. d. R. V.

13) L. 20. §. 11. L. 25. §. 7. D. d. H. P.

14) L. 18. L. 20. L. 21. D. d. R. V. L. 2. §. 21. D. pro emtore. XLI, 4. Theophil. III, 18. §. 1.

15) Siehe unten §. 266. Vergl. ob. §. 152. Anm. 8.

Digitized by Google

Viertens. Eine fernere Wirkung der Litiscontestation [16]) ist die Litigiosität der angestellten Klage. Bei einem Rechtsstreit über das Eigenthumsrecht wird durch den Proceß auch die Sache, über deren Eigenthum man streitet, zu einer Res litigiosa. Und zwar war auch dieses, vor dem Recht der Novellen, erst eine Folge der Litiscontestation [17]). In der Nov. 112. c. 1. aber hat Justinian verordnet, daß die Sache, über deren Eigenthum gestritten wird, schon durch die auf die Klage erfolgte Citation zu einer Res litigiosa werden solle. Daß gleichzeitig auch die zur Verfolgung des Eigenthums angestellte Klage litigiös werden solle, davon sagt Justinian nichts, und es ist daher ohne Grund, wenn Viele der Meinung sind, andere Klagen zwar würden litigiös erst mit der Litiscontestation, die Eigenthumsklage aber schon mit der Citation. Noch unrichtiger ist es, wenn gar Einige die Litigiosität aller Klagen schon mit der Insinuation der Citation beginnen lassen.

Ungeachtet nun aber der Zeitpunkt, mit welchem die Litigiosität anfängt, bei Klagen ein anderer ist, als bei Sachen, die im Streite befangen sind, so ist doch die Bedeutung der Litigiosität etwas Gemeinsames. Und es wird daher, indem jetzt diese Bedeutung nachgewiesen werden soll, auf beiderlei Arten von Gegenständen gleichmäßig Rücksicht zu nehmen sein.

Die Bedeutung der Litigiosität zeigt sich darin, daß die Veräußerung des litigiösen Gegenstandes **pendente lite** untersagt ist. Der Kläger soll seine Klage keinem Andern überlassen, er soll sie nicht cediren; und der Beklagte, der wegen Eigenthums in Anspruch genommen ist, soll die Sache, um die es sich handelt, nicht veräußern [18]). Ob und inwieweit unter diesem Veräußerungsverbot auch die Verpfändung begriffen sei, ist wegen **L. 1. §. 2. D. quae res pignori. XX, 3.** [19]) zweifelhaft. Nach

16) Worauf sich in unsern Quellen eigene Titel beziehen: Tituli Dig. XLIV, 6. Cod. VIII, 37. De litigiosis.

17) L. 1. §. 1. D. d. litigios.

18) L. 2. L. 4. C. eod.

19) L. 1. §. 2. D. XX, 3.: „. . . . . Quid ergo si praedium quis litigiosum pignori acceperit? An exceptione summovendus sit? Et Octavenus putabat, etiam in (Hal.: in his) pignoribus locum habere exceptionem. Quod (Hal.: Quod ita) ait Scaevola libro tertio variarum Quaestionum procedere, ut (Hal.: ut et) in rebus mobilibus exceptio locum habeat.“

Digitized by Google

der Florentiniſchen Lesart iſt die Bedeutung der Stelle dieſe: Octavenus war der Meinung, die Verpfändung ſei unter dem Veräußerungsverbote mitbegriffen; dieſe Meinung aber berichtigt Scaevola dahin, es gelte dies bloß bei beweglichen Sachen. Dagegen gibt die Lesart des Haloander folgenden Sinn: Octavenus war der Meinung, daß die Verpfändung von Grundſtücken gegen das Verbot ſei; Scävola aber ſagt, daſſelbe gelte auch von der Verpfändung beweglicher Sachen. Mir ſcheint der Haloanderſchen Lesart der Vorzug zu gebühren. Wenigſtens wird ſonſt in der Lehre von der Litigioſität zwiſchen beweglichen und unbeweglichen Sachen nirgends ein Unterſchied gemacht.

Die Regel von der Unveräußerlichkeit litigiöſer Gegenſtände iſt nun aber nicht ohne Ausnahmen. Die Veräußerung iſt zuläſſig zum Behuf der Beſtellung einer Dos, oder einer propter nuptias donatio; desgleichen wenn ſie erfolgt in Gemäßheit eines Vergleiches, oder einer unter mehren Miterben beliebten Theilung. Auch iſt es geſtattet, über litigiöſe Gegenſtände mittelſt eines Vermächtniſſes zu verfügen [20]). Indeſſen bleibt der Erfolg des Legats einſtweilen in suspenso. Wird für den Erben des Teſtators geſprochen, ſo kann der Legatar den legirten Gegenſtand in Anſpruch nehmen; fällt die Entſcheidung gegen den Erben aus, ſo kann der Legatar nichts verlangen. Uebrigens iſt es ihm, wegen des Intereſſes, welches er bei der Sache hat, geſtattet, wenn er will, an dem Rechtsſtreite Theil zu nehmen.

Was die rechtlichen Folgen der Uebertretung dieſes Verbotes der Veräußerung betrifft, ſo ſind dieſe folgende: die vorgenommene Veräußerung wird als ungültig behandelt. Namentlich: wenn der Kläger ſeine Klage einem Dritten cedirt hat, ſo wird der Rechtsſtreit nichts deſto weniger nach wie vor unter den bisherigen Parteien verhandelt [21]).

Streitig iſt nun aber, ob die Ungültigkeit der Veräußerung eine directe ſei, oder eine indirecte, eine ſolche, welche ipso

20) cit. L. 4. i. f. C. h. t. (VIII, 37.) cit. Nov. 112. c. 1.

21) cit. L. 2. C. h. t. »— — — tanquam nihil factum sit, lite nihilominus peragenda.«

Digitized by Google

jure eintritt, oder aber eine solche, die nur eine Exceptio begründet. In den Pandekten ist bloß von einer Exceptio die Rede, welche durch die unstatthaften Veräußerungen begründet werde [22]). Dagegen ist der Ausdruck in den Stellen des Coder (Siehe Anm. 18.) von der Art, daß er vielmehr auf eine ipso jure eintretende Nichtigkeit der Veräußerung hinweis't. Eine solche nehmen daher auch die meisten Neueren an. Daher sind denn auch die Meisten der Meinung, daß nach dem Rechte des Coder die Veräußerung einer Res litigiosa schlechthin ungültig sei.

Aber nicht nur, daß die Veräußerung ungültig ist; es tritt auch Strafe ein. In Hinsicht der Ungültigkeit macht es nichts aus, ob derjenige, an welchen veräußert ist, von der Litigiosität des Gegenstandes unterrichtet war, oder nicht. Dagegen bei der Strafe kommt es allerdings sehr darauf an, ob derjenige, an den veräußert ist, von der Litigiosität des Gegenstandes Kenntniß gehabt hat. Justinian nämlich hat rücksichtlich der Strafe Folgendes verordnet [23]):

Wenn Jemand einen litigiösen Gegenstand gekauft hat, wissend, daß er litigiös sey; so soll er zur Strafe den Preis verlieren, den er gezahlt, oder verheißen hat; nicht zum Vortheil des Verkäufers, sondern zum Vortheil des Fiscus. Eben soviel soll nun aber auch der Verkäufer poenae nomine an den Fiscus zahlen. Dagegen: wußte der Käufer nicht, daß der Gegenstand litigiös sei, so soll ihn keine Strafe treffen. Im Gegentheil: nicht nur, daß er das Kaufpretium behält, oder, Falls es bereits gezahlt ist, zurückbekommt; der Verkäufer soll verpflichtet sein, ihm noch obenein ein Dritttheil des Kaufpreises zu zahlen. Von einer in diesem Fall durch den Verkäufer an den Fiscus zu erlegenden Strafe, ist in dem Gesetze ausdrücklich nichts gesagt. Die Meisten aber nehmen an, daß diese Strafe sich von selbst verstehe, und sind nur uneinig darüber, ob der Veräußernde an den Fiscus den ganzen Betrag des Preises erle-

22) cit. L. 1. §. 2. D. quae res pignori etc. XX, 3. L. 1. §. 1. D. h. t. (XLIV, 6.)

23) L. 4. C. h. t.

Digitized by Google

gen müſſe — oder nur zwei Dritttheile deſſelben. Nach der erſten Meinung liegt, was die Strafe betrifft, das Beſondere unſers Falles darin, daß der Veräußernde, außer der vollen Strafe an den Fiscus, noch eine für ſich beſtehende Strafe an den Käufer erlegt, und ſo im Ganzen poenae nomine vier Dritttheile des Kaufpreiſes zahlt. Nach der zweiten Meinung liegt das Beſondere unſers Falles gar nicht in dem Maße der Strafe, ſondern nur in den Perſonen, welche ſie erheben, indem nur der einfache Betrag des Kaufpreiſes als Strafe erlegt, aber in einem beſtimmten Verhältniſſe zwiſchen dem Käufer und dem Fiscus getheilt wird [24]).

Iſt die Veräußerung auf dem Wege der Schenkung bewirkt — ſo tritt in allen vorhin angegebenen Beziehungen der Werth des Gegenſtandes in die Stelle des Preiſes.

Soviel von den Folgen der Veräußerung. — Eine ganz eigenthümliche Beſtimmung findet ſich für den Fall, da eine Sache, über deren Eigenthum geſtritten wird, pendente lite auf Veranlaſſung des Inhabers zu einer Res sacra gemacht wird. Hier ſoll derjenige, der ſeinen Gegner benachtheiligt, an dieſen das Doppelte des Werthes leiſten [25]).

E. Von der Beweisführung *). (§. §. 166 - 168.)

† DIG. XXII, 3. De probationibus et praesumptionibus. — † COD. IV, 19. De probationibus.

§. 166.

a. Einleitung.

I. Begriff des Beweiſes.

Wenn im Proceß vom Beweiſe die Rede iſt, ſo handelt es ſich immer darum, den Richter von der Wahrheit oder Unwahrheit einer Behauptung zu überzeugen. Und zwar kommt es dar-

24) Der erſteren Anſicht iſt z. B. Boehmer, jus digestor. XLIV, 6. §. 7.; der zweiten u. A. Cujacius, Comment. ad Codic. VIII, 37.

25) L. ult. D. h. t.

*) Adph. Dietr. Weber, Ueber die Verbindlichkeit zur Beweisführung im Civilprozeß. Halle. 1805. 8. 2te Ausg. mit Anmerkungen u. Zuſätzen v. Heffter. Halle. 1832. 8. — Aug. Bethmann-Hollweg, Verſuche über einzelne Theile der Theorie des Civilprozeſſes. Berl. u. Stett. 1827. 8. S. 319. folg.

Digitized by Google

auf an, ihn zu überzeugen in seiner Eigenschaft als Richter grade, d. h. es müssen solche Gründe beigebracht werden, welche nach gesetzlichen Bestimmungen zur Gewißheit auf der einen Seite erforderlich, auf der andern hinreichend sind. Eine solche Gewißheit ist es, welche man juristische Gewißheit nennt. Die Handlungen aber, welche darauf abzwecken, dem Richter diese juristische Gewißheit zu geben, begreift man unter dem Worte Beweis. - Bezeichnender ist der Ausdruck Beweisführung; denn das Wort Beweis hat noch andere Bedeutungen: auch die Mittel, durch welche man den Richter zu überzeugen sucht, werden Beweise genannt: z. B. ich habe Beweise. Ferner wird auch das Resultat der Beweisführungen, Beweis genannt: z. B. der Beweis ist erbracht. Der Satz, dessen Richtigkeit dargethan werden soll, heißt der Beweissatz, das **Thema probandi.**

II. Arten des Beweises.

A. Man theilt den Beweis in den vollkommenen, vollen, **Probatio plena** — und in den unvollkommenen, nicht vollen, **Probatio minus plena.** Hier, wo von Vollständigkeit und Unvollständigkeit des Beweises die Rede ist, wird unter Beweis das Resultat der Beweisführung verstanden. Gewöhnlich wird nun aber die **Probatio minus plena** ferner eingetheilt in die **Probatio semiplena major, semiplena** und **semiplena minor,** mehr als halber Beweis, halber, weniger als halber Beweis. Und um den Begriff des halben Beweises näher zu bestimmen, führt man dies an, daß Ein glaubwürdiger Zeuge einen halben Beweis ausmache. Das läßt sich nun aber auf andere Beweismittel nicht übertragen. Und so scheint es viel zweckmäßiger, nur dabei stehen zu bleiben, daß ein unvollkommener Beweis Grade haben, daß die daraus hervorgehende Wahrscheinlichkeit bald größer, bald geringer sein kann.

B. Eine fernere Eintheilung ist die in Beweis und Gegenbeweis, **Probatio** und **Reprobatio.**

Die eigentliche Bedeutung dieses Unterschiedes ist folgende: der Beweis bezweckt die Ueberzeugung des Gerichts von der

Digitized by Google

Wahrheit einer eigenen Behauptung desjenigen, welcher den Beweis führt. Dagegen ist der Zweck des Gegenbeweises dieser, das Gericht von der Unwahrheit einer Behauptung zu überzeugen, welche der Gegner aufgestellt hat. Dies ist die *eigentliche* Bedeutung der angeführten Ausdrücke. Im *uneigentlichen* Sinne braucht man aber den Ausdruck Gegenbeweis auch da, wo der Zweck darin besteht, die Wahrheit einer Einrede darzuthun, welche man dem Andern entgegengesetzt hat. Daher der Unterschied, den man zu machen pflegt zwischen *eigentlichem* und *uneigentlichem* Gegenbeweis, **Reprobatio directa** und **Reprobatio indirecta.**

C. Eine dritte Eintheilung ist die in *natürlichen* und *künstlichen* Beweis. Unter dem künstlichen Beweise versteht man denjenigen, welcher durch bloße *Vermuthung*, unter dem natürlichen denjenigen, welcher durch andere Beweismittel geführt wird. Jenen nennen die Neuern im Lateinischen **Probatio artificialis, Probatio indirecta**; diesen **Probatio naturalis, Probatio directa.**

III. Wann tritt die Nothwendigkeit der Beweisführung ein?

1. Sie tritt ein nur in Bezug auf *Thatsachen*. Dies wenigstens ist die Regel. Ausnahmsweise können jedoch auch *Rechtssätze* des Beweises bedürfen. Nämlich: nur das einheimische Recht braucht der Richter zu kennen; ist also von fremdem Rechte die Rede, so kann Beweis nothwendig werden. Dasselbe gilt von einem einheimischen Gewohnheitsrechte, sobald dessen Existenz nicht notorisch ist. (S. §. 26.)

2. Die Nothwendigkeit der Beweisführung ist beschränkt auf solche Thatsachen, welche in dem vorliegenden Rechtsstreite vorgebracht und für die Entscheidung desselben von *Erheblichkeit* sind; andere dürfen gar nicht einmal zum Beweise verstellt werden.

3. Nur Thatsachen, welche unter den Parteien *streitig* sind, bedürfen des Beweises. Was die Parteien einander einräumen, gilt für wahr, gesetzt auch, daß es unwahr wäre. So ist's nach gemeinem Rechte.

Digitized by Google

4. Wahrhaft notorische Thatsachen brauchen nicht bewiesen zu werden. Dieser Satz ist allerdings möglicher Weise Mißbräuchen ausgesetzt; indessen gehen doch diejenigen zu weit, welche ihn ganz und gar verwerfen. Bei gewissen Thatsachen würde es auf der einen Seite offenbar lächerlich sein, wenn der Richter sie zum Beweise verstellen wollte, und auf der andern geschähe dadurch der Chicane Vorschub.

5. Es braucht nicht erwiesen zu werden die Wahrheit solcher Thatsachen, für welche eine Rechtsvermuthung spricht. Um den Begriff einer Rechtsvermuthung zu bestimmen, müssen wir nach dem Begriffe der Vermuthung überhaupt uns umsehen.

Vermuthungen, **Praesumptiones**, sind Schlußfolgerungen, welche aus unzweifelhaften Thatsachen für oder gegen die Existenz einer zweifelhaften Thatsache abgeleitet werden. Dabei nun unterscheidet man zwischen solchen Vermuthungen, welche das Gesetz ausdrücklich anerkennt, und solchen, bei denen dies nicht der Fall ist. Jene nennt man Rechtsvermuthungen; diese gemeine oder auch factische Vermuthungen. Im Lateinischen sagen unsere Neueren: **Praesumptiones juris** und **Praesumptiones facti s. hominis.** — Beiderlei Arten von Vermuthungen sind, ihrer practischen Bedeutung nach, wesentlich von einander verschieden. Gemeine Vermuthungen, welche für die Annahme einer Thatsache sprechen, können bei Entscheidung der Frage, ob überhaupt auf Beweis zu erkennen, und wem er aufzulegen sei, niemals in Betracht kommen. Sie sind weiter nichts als ein Mittel für die Beweisführung: mithin können sie nur dann erst berücksichtigt werden, wenn es darauf ankommt, darüber zu entscheiden, ob derjenige, dem es oblag, den Beweis zu führen, diesen in der That erbracht habe. Ganz anders dagegen verhält es sich mit den Rechtsvermuthungen. Wo die Existenz einer Thatsache eine Rechtsvermuthung für sich hat, da braucht sie gar nicht erst zum Beweise verstellt zu werden; die gesetzliche Vermuthung ist schon Beweises genug. Aber freilich ist damit die Zulässigkeit des Gegenbeweises keineswegs ausgeschlossen. Die Gewißheit jener Thatsache ist nur eine bedingte; sie

Digitized by Google

kann möglicher Weise durch Gegenbeweis aufgehoben werden [1]). So z. B. jene Rechtsvermuthung: »Pater is est, quem nuptiae demonstrant.« — Allerdings pflegt man in der angegebenen Bezeichnung noch einen Unterschied zu machen. Man pflegt zu sagen: der Regel nach gestatten Rechtsvermuthungen den Beweis des Gegentheils; aber es gibt gewisse Rechtsvermuthungen, wobei die Zulässigkeit des Gegenbeweises wegfällt. Und diese nennt man denn zum Unterschiede von andern **Praesumptiones juris** — »**Praesumptiones juris et de jure.**« Man rechnet dahin z. B. dieses, daß nach Römischem Rechte gegen einen über ein Darlehn ausgestellten Empfangschein, nach Ablauf von zwei Jahren kein Gegenbeweis zugelassen, sondern das Factum des Empfanges schlechthin als geschehen angenommen wird. Allein ich halte dafür, daß in diesem und in ähnlichen Fällen der Begriff einer Vermuthung eigentlich überall nicht zu Grunde liegt. Es ist hier nicht von Schlußfolgerungen die Rede, nicht davon, daß etwas wahr sei: sondern die Sache ist vielmehr diese: die Gesetze wollen zuweilen, daß etwas unter gewissen Voraussetzungen schlechthin als *geschehen angenommen* werden soll, es mag nun wirklich geschehen sein oder nicht. Es sollen die rechtlichen Folgen der Wahrheit eintreten, auch wo diese nicht vorhanden ist; so liegt hierin keine Vermuthung, sondern eine *Fiction*.

IV. Wer muß — wer darf beweisen?

Oftmals ist Jemand im Processe in der Lage, daß er sich genöthigt sieht, einen Beweis zu führen, wenn er nicht schon bloß wegen der unterlassenen Beweisführung den Proceß verlieren will. Dann sagt man von ihm, es treffe ihn die *Beweislast*. Welche unter den Parteien diese jedesmal treffe — davon wird in dem folgenden Paragraphen die Rede sein; es ist dieser Punkt gerade derjenige, der für uns das meiste Interesse hat.

Sehr oft ist Einer nun aber auch in der Lage, daß er nicht nöthig hat zu beweisen, daß er den Proceß gewinnen kann auch ohne alle Beweisführung von seiner Seite. Dieser Mangel der

1) L. 24. D. h. t. L. 15. C. d. solut. et liberat. VIII, 43.

Digitized by Google

Nothwendigkeit schließt indessen die Befugniß zur Beweisführung keineswegs aus. Es kann Jemand sich freiwillig zu einem Beweise erbieten, den er an und für sich zu führen nicht nöthig hat [2]). Und namentlich steht der Regel nach demjenigen, auf dessen Gegner die Beweislast ruht, jederzeit der eigentliche Gegenbeweis frei.

§. 167.

b. Beweislast.

Der allgemeine Grundsatz ist dieser: wer das Vorhandensein eines Rechtes behauptet, welches er geltend machen will, muß die Existenz derjenigen Thatsachen beweisen, von welchen das Vorhandensein jenes Rechts abhängt. Hieraus folgt:

Erstens: der Kläger muß den Grund der Klage beweisen [1]).

Der Beklagte braucht nicht zu beweisen, daß der Kläger das Recht, welches er sich zuschreibt, nicht habe; der Beklagte muß freigesprochen werden, ohne irgend etwas bewiesen zu haben, sobald der Kläger seiner Seits nicht beweisen kann [2]).

Eine zweite Folge aus unserm Grundsatze ist die: der Beklagte muß den Grund seiner Exceptionen beweisen [3]).

Der aufgestellte Grundsatz erleidet indessen folgende Modificationen:

1. Wer die Regel für sich hat, braucht, daß kein Fall der Ausnahme vorhanden sei, nicht zu beweisen; sondern es liegt vielmehr demjenigen, der die Ausnahme behauptet, ob, seiner Seits das Vorhandensein derselben darzuthun. Hieraus folgt: wer die Entstehung eines Rechts behauptet, braucht nur das

2) L. 14. D. h. t.

1) L. 21. D. h. t.: »..... semper necessitas probandi incumbit illi, qui agit.« §. 4. I. d. legat. II, 20. L. un. C. d. prohibita sequestr. pecun. IV, 4.

2) §. 4. I. d. interdict. IV, 15. »— — Commodum autem possidendi in eo est, quod etiamsi res ejus non sit, qui possidet, si modo actor non potuerit suam esse probare, remanet suo loco possessio. Propter quam causam, quum obscura sunt utriusque jura, contra petitorem judicari solet.« — Val. L. 5. pr. D. si ususfr. petat. VII, 6. L. 4. C. d. edendo. II, 1. L. ult. C. d. R. V. III, 32. L. 2. L. 8. C. h. t.

3) L. 9. D. h. t.: »..... quamvis verum est, quod, qui excipit, probare debeat, quod excipitur.....« L. 19. pr. L. 25. §. 2. in f. D. eod. L. 19. C. h. t. L. 9. C. d. exceptionib. VIII, 36.

Digitized by Google

Vorhandensein derjenigen Bedingungen darzuthun, welche unmittelbar aus dem Begriffe dieses Rechts abgeleitet sind. Behauptet der Gegner Umstände, aus welchen er ausnahmsweise das Nichtdasein des Rechts ableitet, so muß er den Beweis übernehmen [4]). Z. B. wer aus einem Kaufe auf das Kaufpretium klagt, muß, wenn der Kauf selbst abgeläugnet wird, diesen allerdings beweisen. Wenn aber der Beklagte den Abschluß des Kaufes an und für sich zugibt, dagegen aber behauptet, er sei zur Zeit des abgeschlossenen Vertrages unfähig gewesen, sich gültiger Weise zu verpflichten, wenn er sich also z. B. darauf beruft, daß er noch impubes, oder daß er nicht sanae mentis gewesen sei, so liegt, Falls der Kläger dies in Abrede stellt, dem Beklagten der Beweis ob.

Ferner: wenn Jemand nachgewiesen hat, daß ein gewisses Recht ihm zustehe, so muß angenommen werden, daß es ihm zustehe in dem ganzen Umfange, den der Begriff des Rechts mit sich führt. Behauptet der Gegner eine Beschränkung des Rechts, so liegt es ihm ob, diese zu beweisen. Angenommen z. B.: ich besitze ein Grundstück als Eigenthümer. An diesem legt sich Titius eine Servitut bei, die ich ihm nicht zugestehe. Vielmehr stelle ich jener Anmaßung wegen gegen ihn die Negatoria actio an. Wenn nun da Titius mein Eigenthumsrecht in Abrede stellt, so muß ich allerdings beweisen, daß ich Eigenthümer sei. Mehr aber brauche ich nicht zu beweisen. Denn in dem Begriffe des Eigenthums liegt an und für sich die volle, entschiedene Gewalt über die Sache. Das Nähere hierüber im §. 242.

2. Derjenige, der sich ein Recht beilegt, braucht nur die Entstehung desselben darzuthun; behauptet der Gegner Aufhebung, so hat er diese zu beweisen [5]).

4) Beispiele für diesen Satz enthalten: L. 5. pr. L. 17. D. h. t. L. 22. D. d. legat. II. L. 11. §. 12. D. d. legat. III. L. 5. C. d. codicill. VI, 36. — Aus eben diesem Gesichtspunkte sind aufzufassen: L. 5. §. 1. D. L. 11. C. h. t. Im Allgemeinen ist zu vergleichen: Bethmann-Hollweg a. a. O. S. 353 — 360.

5) L. 12. D. h. t. L. 1. C. eod. »Ut creditor, qui pecuniam petit numeratam, implere cogitur, ita rursum debitor, qui solutam affirmat, ejus rei probationem praestare cogitur.« Vgl. L. 10. C. d. non num. pecun. IV, 30.

Digitized by Google

Im Einzelnen habe ich noch Folgendes zu bemerken:

1. In den Quellen wird öfters von demjenigen, dem es obliegt, den Beweis zu führen, gesagt: »Actoris partibus fungi«; »petitoris partibus fungi«; »petitoris partes sustinere«[6]). Der Grund dieser Art der Bezeichnung liegt darin, daß derjenige, dem der Beweis obliegt, mehrentheils irgend ein Recht behauptet, welches er wider den Andern geltend machen will, daß er also insoweit angriffsweise zu Werke geht, insoweit als Kläger zu betrachten ist, gesetzt auch, daß er in Beziehung auf den Proceß im Ganzen nicht Kläger, sondern Beklagter ist.

2. Häufig wird von den Neueren in Beziehung auf die Frage wegen der Beweislast folgende Regel gegeben: »Affirmanti incumbit probatio, non neganti.« Diese Regel ist vollkommen richtig, wenn man unter »affirmare« versteht: eine Thatsache behaupten, woraus man für sich ein Recht ableitet — und unter »negare«: eine Thatsache, woraus der Gegner ein Recht ableitet, läugnen. So verstanden, sage ich, ist die Regel richtig. Aber sie ist, besonders in früherer Zeit, sehr oft ganz anders gedeutet worden — so nämlich: wer die Existenz von etwas behauptet, muß beweisen, nie aber braucht derjenige zu beweisen, welcher die Nichtexistenz von etwas behauptet, gesetzt auch, daß er eben daraus ein Recht für sich herleitete. Und so genommen ist die Regel durchaus falsch. Diejenigen, welche sie auf diese Weise verstehen, haben allerdings ihre Ansicht durch mancherlei Gründe zu rechtfertigen gesucht; aber diese Gründe sind unhaltbar. Man hat gesagt: zu beweisen, daß etwas nicht vorhanden sei, daß es sich nicht zugetragen habe, ist unmöglich. Aber das ist falsch. Ein solcher Beweis ist sehr wohl möglich, nicht nur indirecter, sondern auch directer Weise: — indirect z. B., daß ich mich zu einer bestimmten Zeit an dem Orte A. nicht befunden habe, wird bewiesen dadurch, daß ich zur selbigen Zeit an dem Orte B. war; direct durch Zeugen oder Eideszuschiebung. Man hat sich ferner berufen auf die Schwierigkeit einer solchen Beweisführung. Aber die bloße Schwierigkeit kann

6) cit. L. 19. pr. D. h. t. L. 14. D. d. Carbon. Edicto. XXXVII, 10. L. 15. i. f. D. d. O. N. N. XXXIX, 1.

Digitized by Google

bei der Frage, wer beweisen müsse, gar nicht in Betracht kommen. Und überdies kann der Beweis, daß etwas geschehen sei, so gut mit Schwierigkeiten verbunden sein, wie der Beweis, daß es nicht geschah. Endlich hat man sich auch auf bestimmte Stellen berufen, worin man den aufgestellten Grundsatz hat finden wollen. Dahin gehören aus dem Römischen Rechte:

L. 2. D. h. t. 1 » Ei incumbit probatio, qui dicit, non qui negat.«

L. 23. C. h. t.: »Actor, quod asseverat, probare se non posse profitendo, reum necessitate monstrandi contrarium non adstringit: cum per rerum naturam factum negantis probatio nulla sit« [7]).

Allein, wenn in diesen Stellen gesagt wird, daß, wer negire, nicht zu beweisen brauche; so wird der Ausdruck »negare« in jenem gleich Anfangs bezeichneten Sinne genommen: eine Thatsache, worauf ein Anderer eine Thatsache gründet, abläugnen. Und allerdings, wer nur dieses thut, der braucht nicht zu beweisen. Außer diesen Stellen aus dem Corpus juris civilis hat man auch noch auf einige Stellen des Canonischen Rechts [8]) Bezug genommen. Daß aber auch diese keineswegs geeignet sind, die in Frage stehende Ansicht zu begründen, das hat Weber gezeigt [9]). Wie denn überhaupt Weber um die Bestreitung jener irrigen Ansicht sich besonders verdient gemacht hat.

§. 168.

c. Beweismittel.

DIG. XXII, 5. COD. IV, 20. De testibus.

DIG. XXII, 4. De fide instrumentorum et amissione eorum. — COD. IV, 21. De fide instrumentorum et amissione eorum, et de apochis et antapochis faciendis, et de his, quae sine scriptura fieri possunt.

7) Vgl. cit. L. 10. C. d. non num. pec. IV, 30. und siehe Weber a. a. O. S. 143. folg.

8) c. 11. c. 12. X. d. probat. II, 19. c. 1. in VI. d. confess. II, 9.

9) A. a. O. S. 146. folg.

Digitized by Google

DIG. XII, 2. De jurejurando sive voluntario, sive necessario, sive judiciali. XII, 3. De in litem jurando. — COD. IV, 1. De rebus creditis et jurejurando. V, 53. De in litem jurando.

Wenn man das Wort „Beweismittel“ in der weiteren Bedeutung nimmt, und darunter überhaupt Alles versteht, was dazu geeignet ist, in dem Richter die Ueberzeugung von dem Vorhandensein oder Nichtvorhandensein einer Thatsache zu begründen, so gehört dahin:

1. der Augenschein, die Inspectio ocularis, wie die Neuern sagen, d. h. die eigene sinnliche Wahrnehmung des Richters in seiner Eigenschaft als Richter. Dieses Beweismittel ist zulässig, wo es auf den Zustand, auf die Beschaffenheit einer Sache ankommt.

2. Das Geständniß, Confessio. Es ist hier nicht die Rede von demjenigen, was im Verlaufe des Rechtsstreites selbst eine Partei der andern eingeräumt hat: denn das Eingeräumte ist ja nicht zweifelhaft, und sonach also auch gar nicht Gegenstand der Beweisführung; sondern es wird hier vorausgesetzt etwas im gegenwärtigen Proceß von dem Gegner Bestrittenes, dessen Richtigkeit nun aber durch anderweitige Geständnisse desselben, diese seien gerichtliche oder außergerichtliche, dargethan werden soll. Die Beweiskraft eines solchen Geständnisses ist von den Umständen abhängig, unter denen es abgelegt wurde. Uebrigens bedarf es natürlich, um das Geständniß selbst darzuthun, wieder anderer Beweismittel: Zeugen, Urkunden u. s. w.

3. Zeugen, Testes. — Unter Zeugen sind hier dritte Personen zu verstehen, außer den Parteien selbst, durch deren Aussage derjenige, welcher den Beweis führt, die Existenz oder Nichtexistenz einer Thatsache darzuthun sucht.

Soll nun durch Zeugen ein vollständiger Beweis geführt werden, so bedarf es der übereinstimmenden Aussage zweier durchaus glaubwürdiger, gerichtlich vernommener und beeidigter Zeugen.

4. Von dem Zeugenbeweis ist der Beweis durch Kunstverständige wesentlich verschieden. Dieser nämlich tritt da ein, wo es entweder auf eine sinnliche Wahrnehmung ankommt, wel-

Digitized by Google

che Kunstkenntniß voraussetzt, oder auf eine kunstgemäße Beurtheilung, wohin denn auch die kunstmäßige Bestimmung des Werthes einer Sache gehört. In Fällen dieser Art ist das Gutachten, der Ausspruch kunstverständiger Männer ein Mittel, den Richter von der Wahrheit einer behaupteten Thatsache zu überzeugen. Auch hier wird Vereidigung vorausgesetzt. Nur werden öfters solche Kunstverständige adhibirt, welche für dergleichen Functionen Ein für alle Mal in Eid und Pflicht genommen sind, und dann bedarf es keiner besondern Vereidigung für den eben vorliegenden einzelnen Fall.

5. Urkunden, **Instrumenta.** In der weitesten Bedeutung bezeichnet der Ausdruck Urkunde, **Instrumentum**, Alles, wodurch der Richter von einem bestimmten Thatumstande überzeugt werden soll; in einer weniger allgemeinen Bedeutung versteht man darunter jeden zu einem Beweismittel geeigneten leblosen Gegenstand, welcher die Spur menschlicher Thätigkeit an sich trägt; in der engsten Bedeutung aber ist Urkunde, **Instrumentum**, ein zur Beweisführung geeigneter schriftlicher oder gedruckter Aufsatz. Diese Bedeutung ist die gewöhnliche; in dieser nehmen wir hier den Ausdruck. Und da unterscheidet man zwischen öffentlichen und Privat-Urkunden. Oeffentliche Urkunden, **Instrumenta publica**, sind diejenigen, welche von einer öffentlichen Person und von Amtswegen abgefaßt sind: gerichtliche Protocolle; öffentliche Steuer- und Hypothekenbücher; Kirchenbücher; schriftliche Zeugnisse der Geistlichen in ihren Amtsangelegenheiten u. s. w. Dagegen sind Privaturkunden, **Instrumenta privata**, solche, welche von einer Privatperson verfaßt sind. Mit der Beweiskraft der Urkunden verhält es sich, ihre Aechtheit vorausgesetzt, im Allgemeinen so: durch öffentliche Urkunden wird dasjenige, was darin als geschehen bezeugt wird, auf das Vollständigste erwiesen. Bei Privaturkunden kommt vor Allem die Möglichkeit ihrer Benutzung für die Beweisführung in Betracht, und darüber ist Folgendes zu bemerken: hat Jemand einem Andern eine Verschreibung ausgestellt, mittelst welcher er sich gegen diesen einer Verpflichtung unterzieht, oder hat er in einer anderweitigen von ihm

Digitized by Google

herrührenden Urkunde etwas das Interesse eines Andern Betreffendes zugestanden oder anerkannt: so wird der Andere die Urkunde gegen ihn gebrauchen können. Für den Urheber einer Privaturkunde aber beweis't dieselbe in der Regel nicht: eine Ausnahme kommt vor bei den Handlungsbüchern der Kaufleute. S. §. 50. Auch Privaturkunden, welche von keinem der streitenden Theile selbst ausgestellt sind, können als Beweismittel gebraucht werden, nämlich als unbeschworne, schriftliche Zeugnisse. Soviel über die Möglichkeit der Benutzung. Ueber den Grad der Beweiskraft läßt sich nicht wohl etwas Allgemeines sagen; er hängt zu sehr von den besondern Umständen ab.

6. Noch ein Beweismittel ist der gerichtliche Eid.

Der Eid kann im Prozeß in mehr als einer Beziehung als Beweismittel vorkommen; wovon vorläufig schon im §. 113. die Rede gewesen ist. So als **Jusjurandum in litem**, um die Größe eines erlittenen Schadens festzustellen. Von dieser Anwendung des Eides wird in der Folge, §. 397., noch ausführlich gehandelt werden. Außerdem wird der Eid zum Behuf des Beweises noch auf zweierlei Weise im Prozeß gebraucht:

Erstens. Es kann die Existenz oder Nichtexistenz einer Thatsache ausgemittelt werden durch Zuschiebung des Eides. Nehmen wir daher an, der **A** behauptet, daß etwas sich zugetragen habe, und diese Behauptung soll er beweisen; da wird er seinem Gegner, dem **B**, den Eid in der Art zuschieben können, daß er ihn auffordert, zu beschwören, die Sache habe sich nicht zugetragen. Auf dieses Verlangen des **A** muß der **B** eingehen; aber es fragt sich, wie? Nach Römischem Rechte steht ihm zweierlei frei: entweder er kann schwören; dann ist bewiesen, daß des **A** Behauptung falsch sei: oder er kann den Eid zurückschieben, d. h. er kann seiner Seits verlangen, daß **A** die Richtigkeit der von demselben behaupteten Thatsache beschwöre. Schwört dann der **A**, so hat er bewiesen; schwört er nicht, so ist er beweisfällig, d. h. seine Behauptung gilt nun für unwahr. Dies beides nun ist es, was der **B**, dem der Eid zugeschoben worden ist, nach Römischem Rechte thun kann — selbst schwören, oder zurückschieben. Nach den Grundsätzen unsers

Digitized by Google

heutigen Processes gibt es nun aber für den B noch ein Drittes: er kann sich erbieten, durch anderweitige Beweismittel darzuthun, daß die Behauptung des A falsch sei. Dies nennt man: Gewissensvertretung durch Beweis. Thut B von allem hier Angeführten nichts — so wird die Behauptung des A als erwiesen angesehen.

Zweitens kann nun aber der Streitpunkt auch erledigt werden durch einen vom Richter auferlegten Eid, also durch ein **Jusjurandum necessarium**. Damit verhält es sich so: Soll der Richter den Parteien einen Eid auferlegen, so setzt das in der Regel voraus, daß derjenige, welcher den Beweis zu führen hatte, diesen nicht vollständig geführt hat. In einem solchen Falle kann der Richter zweierlei thun: was er jedes Mal zu thun hat, hängt von den Umständen ab. Entweder er kann dem Beweisführer aufgeben, die Wahrheit desjenigen, was er behauptet, zu beschwören, und auf diese Weise den geführten Beweis zu ergänzen — da dann der Eid von unsern Neuern **Juramentum suppletorium**, Ergänzungseid, genannt wird. Oder der Richter kann auch umgekehrt demjenigen, gegen welchen der Beweis versucht ist, aufgeben, die Unwahrheit desjenigen zu beschwören, was der Beweisführer behauptet, um dadurch den Beweis des Gegners zu entkräften, sich von dem daraus hervorgehenden Verdachte zu reinigen. Einen Eid dieser Art nennen die Neuern **Juramentum purgatorium**, Reinigungseid.

7. Zuletzt sind zu den Beweismitteln im weiteren Sinne auch noch die gemeinen Vermuthungen zu rechnen. Ein Beweis indessen, der lediglich und allein auf solchen Vermuthungen beruht, wird nicht leicht für vollständig geachtet werden können.

F. Von den richterlichen Erkenntnissen. (§. §. 160-174.)

§. 169.

a. Begriff und Arten.

Der allgemeine Ausdruck für jede in einem Rechtsstreit erlassene richterliche Verfügung ist »**Decretum.**«

Digitized by Google

Ist eine solche Verfügung lediglich dazu bestimmt, den Gang des Rechtsstreits zu leiten, ohne daß irgend ein Streitpunkt dadurch entschieden wird, so nennt man sie ein Decret im eigentlichen Sinne. Im Lateinischen bedienen sich die Neuern des Ausdrucks »Interlocutio mera.« Wird aber durch ein Decret ein streitiger Punkt entschieden, so nennt man dasselbe ein Decisivdecret, ein Urtheil, ein Erkenntniß, Sententia.

Die Urtheile sind indessen nach der verschiedenen Beschaffenheit des Streitpunkts, worauf sie sich beziehen, wieder von einer doppelten Art:

1. Betrifft ein Urtheil nur einen streitigen Nebenpunkt, so nennt man es ein Nebenurtheil, ein Beiurtheil, Interlocutio, bei den Neuern auch Sententia interlocutoria.

2. Wird dagegen durch das Urtheil die Hauptsache selbst entschieden, so nennt man dasselbe ein Haupturtheil, ein Endurtheil, Sententia definitiva.

Es liegt in dem Begriffe eines solchen Endurtheils, daß der Inhalt desselben nie in einem »non liquet« bestehen kann, sondern daß der Richter den Beklagten immer entweder lossprechen muß, »absolvere«, oder verurtheilen, »condemnare.« — Beides haben wir der Regel nach auf den Beklagten zu beziehen. Denn eine Verurtheilung des Klägers ist nur ausnahmsweise möglich: da nämlich, wo die angestellte Klage eine Actio duplex ist.

Wenn nun der Richter die Ansprüche des Klägers ungegründet findet, wenn er den Beklagten lossprícht, oder, wie man es auch ausdrückt, wenn er ihn von der Klage entbindet: so wird das Urtheil von den Neueren Sententia absolutoria genannt. Es kommt übrigens auf Eins hinaus, ob der Richter den Beklagten lossprícht, oder ob er den Kläger mit seiner Klage abweis't. Findet dagegen der Richter die Ansprüche des Klägers gegründet, und verurtheilt er in Gemäßheit desselben den Beklagten, so nennen die Neuern das Urtheil Sententia condemnatoria [1]). Es kann nun aber auch wohl geschehen, daß

1) Ueber die Bedeutungen des Ausdrucks »Condemnatio« im Römischen Rechte siehe oben §. 135. C.

Digitized by Google

der Richter in einigen Punkten für, in anderen gegen den Kläger spricht, und daß so das Urtheil condemnatorisch und absolutorisch zugleich ist: dann nennt man es ein vermischtes Urtheil.

b. Rechtskraft.

§. 170.

α. Begriff und Voraussetzungen.

DIG. XLIX, 8. Quae sententiae sine appellatione rescindantur. — COD. VII, 43. Quomodo et quando judex sententiam proferre debeat etc. bis VII, 46. De sententia, quae sine certa quantitate profertur. VII, 48. Si a non competente judice judicatum esse dicatur. VII, 57. Comminationes, epistolas, programmata, subscriptiones auctoritatem rei judicatae non habere. VII, 64. Quando provocare non est necesse. VII, 65. Quorum appellationes non recipiuntur. VII, 70. Ne liceat in una eademque causa tertio provocare etc.

I. Begriff.

Unter Rechtskraft wird verstanden die eigenthümliche Kraft, welche ein mit keiner Nichtigkeit behaftetes Urtheil dann erlangt, wenn es im ordentlichen Wege Rechtens nicht weiter angefochten werden kann. Man sagt alsdann von dem Urtheil: es habe die Rechtskraft beschritten, es sei in die Rechtskraft übergegangen, es sei rechtskräftig geworden. Der Römische Ausdruck für Rechtskraft ist: »**Rei judicatae auctoritas**«, auch »**Judicati auctoritas**« [1]). Der Ausdruck **Res judicata** für sich bezeichnet überhaupt eine durch ein Endurtheil entschiedene Streitsache [2]), auch wenn sie nicht gerade rechtskräftig entschieden ist [3]). In gewissen Zusammenstellungen aber denken die Römer allerdings bei dem Ausdrucke **Res judicata** immer an eine rechtskräftig entschiedene Streitsache. So wenn sie von

1) Siehe L. 14. §. 1. D. d. appellationib. XLIX, 1. L. 3. L. 4. C. d. sentent., quae sine certa quantit. profertur. VII, 46.

2) L. 1. D. d. re jud. XLII, 1. »Res judicata dicitur, quae finem controversiarum pronuntiatione judicis accipit: quod vel condemnatione vel absolutione contingit.«

3) Denn siehe L. 7. pr. D. d. transact. II, 15. »Et post rem judicatam transactio valet, si vel appellatio intercesserit, vel appellare potueris.«

Digitized by Google

der Auctoritas einer Res judicata sprechen, desgleichen wenn die Rede ist von der Exceptio rei judicatae. Die Neuern brauchen den Ausdruck Res judicata nur im Fall der Rechtskraft, und zwar in der Art, daß sie das rechtskräftig gewordene Urtheil selbst Res judicata zu nennen pflegen.

Nach heutigem Rechte sind nur die bloß proceßleitenden Decrete der Rechtskraft unfähig, während die Urtheile insgesammt in die Rechtskraft übergehen können. Nach Römischem Rechte scheint die Rechtskraft nur bei den Endurtheilen einzutreten, und gerade diese Beziehung der Rechtskraft auf Endurtheile wollen wir fortan besonders ins Auge fassen.

II. Voraussetzungen.

1. Zuerst und vor Allem wird erfordert, daß das Urtheil nicht etwa ein in sich nichtiges Urtheil sei. Ein solches Urtheil ist so gut als keins, und daher läßt sich dabei auch von keiner Rechtskraft sprechen.

Die Nichtigkeit eines Urtheils aber kann theils in demjenigen ihren Grund haben, was dem Urtheile vorangegangen oder wenigstens von dem Inhalte desselben unabhängig ist, z. B. in der Incompetenz des Richters, theils aber in dem Inhalte gerade des Urtheils. Dies letzte ist der Fall:

a. wenn das Urtheil ganz und gar unbestimmt gefaßt ist [4];

b. wenn es dem Beklagten etwas Unmögliches auferlegt [5];

c. wenn es einem anderen bereits rechtskräftig gewordenen Erkenntnisse widerstreitet [6];

d. wenn es, wie man zu sagen pflegt, contra jus in thesi gesprochen ist, d. h. wenn der Richter von einem dem bestehenden Rechte widerstreitenden Rechtsgrundsatze ausgegangen ist [7];

e. wenn und inwieweit das Urtheil einen Rechnungsfehler enthält; ein solcher Rechnungsfehler wird nie rechtskräftig [8].

4) L. 3. L. 4. C. d. sentent., quae sine certa quantit. VII, 46.

5) L. ult. D. quae sentent. sine appell. XLIX, 8.

6) L. 1. C. quando provocare n. e. nec. VII, 61.

7) L. 19. D. d. appellat. L. 1. §. 2. D. quae sentent. sine appell.

8) L. 1. §. 1. D. eod. »Item si calculi error in sententia esse dicatur, appellare necesse non est: —.«

Digitized by Google

2. Es darf keine Möglichkeit vorhanden sein, das Urtheil im ordentlichen Wege Rechtens, also keine Möglichkeit, es durch ein ordentliches Rechtsmittel anzufechten. Im engeren Sinne nämlich, und so nehmen wir hier das Wort, versteht man unter Rechtsmittel ein Mittel, durch dessen Anwendung ein bereits entschiedener Rechtsstreit zum Gegenstande einer neuen gerichtlichen Verhandlung gemacht wird, und zwar zu dem Zwecke, damit einer von dem Richter angeblich zugefügten Rechtskränkung abgeholfen werde; es wird also immer eine durch den Richter angeblich veranlaßte Beschwerde vorausgesetzt. Die Rechtsmittel nun in diesem Sinne theilt man ein in ordentliche und außerordentliche; jene liegen innerhalb der Grenzen des gewöhnlichen Verfahrens, und nur sie kommen hier in Betracht.

Das wichtigste ordentliche Rechtsmittel im Römischen Rechte ist die Appellatio, die in den Quellen auch unter dem Namen Provocatio vorkommt. Dadurch wird der Rechtsstreit vor einen höheren Richter gebracht. — Wenn nun aber ein Urtheil mittelst eines ordentlichen Rechtsmittels angefochten werden soll, so muß das innerhalb einer gesetzlich bestimmten Frist geschehen. Diese Frist ist bei der Appellation, nach dem neuesten Justinianischen Rechte eine Frist von zehn Tagen [9]). Ist diese Frist abgelaufen, ohne daß derjenige, welcher sich durch das Urtheil für beschwert achtet, dasselbe angefochten hat, so wird dann das Urtheil rechtskräftig. Und so kann also ein Urtheil rechtskräftig werden durch bloße Versäumniß. Natürlich wird aber derselbe Erfolg auch dann herbeigeführt, wenn die Parteien auf die Anwendung der ordentlichen Rechtsmittel ausdrücklich verzichten. In der Regel geschieht es auf dem einen oder dem andern der eben bezeichneten Wege, nämlich durch Versäumniß und Verzichtleistung, daß ein Urtheil rechtskräftig wird. Indessen ausnahmsweise geschieht es auch, daß ein Urtheil schon an sich selbst rechtskräftig ist, auch ohne Versäumniß und ohne Verzichtleistung. Die Hauptfälle sind folgende:

9) Nov. 23. c. 1. Nov. 119. c. 5. Früher war bei der Appellation die Frist eine noch kürzere, eine Zeit von zwei oder drei Tagen. S. L. 6. §. 5. C. d. appellat. VII, 62.

1. Wenn Einer dem Andern in einem Rechtsstreite einen Eid zugeschoben hat, so kann der Deferent das auf den Grund der Eideszuschiebung gesprochene Urtheil nicht anfechten, sei es nun, daß der Eid geschworen, oder daß er verweigert worden ist [10]).

2. Ein in contumaciam, d. h. in einem Falle, wo der eine oder andere Theil dasjenige, was ihm im Processe zu thun oblag, ungehorsamer Weise zu thun unterlassen hat, gesprochenes Urtheil kann von demjenigen, welcher sich der Contumaz, also des Ungehorsams schuldig gemacht hat, nicht angefochten werden [11]).

3. Wenn bereits zwei gleichförmige, in verschiedenen Instanzen gesprochene Urtheile vorhanden sind, und nun ein drittes, mit jenen beiden übereinstimmendes Erkenntniß erfolgt; so kann dies nicht weiter angefochten werden [12]).

β. Wirkungen *).

† DIG. XLII, 1. De re judicata, et de effectu sententiarum, et de interlocutionibus. XLIV, 2. De exceptione rei judicatae. — COD. VII, 50. Sententiam rescindi non posse. VII, 52. De re judicata. VII, 53. De executione rei judicatae. VII, 54. De usuris rei judicatae. VII, 55. Si plures una sententia condemnati sunt. VII, 56. Quibus res judicata non nocet. VII, 60. Inter alios acta vel judicata aliis non nocere.

§. 171.

a. Von den Wirkungen eines rechtskräftigen Urtheils im Allgemeinen.

Ein in die Rechtskraft übergegangenes Erkenntniß hat theils eine negative, theils eine positive Wirkung.

10) L. 12. §. §. 1. 3. C. d. reb. cred. IV, 1. (§. 3.): »Sive autem illatum juramentum praestitum fuerit, sive recusatum, ipsi parti, quae hoc intulit, nullum provocationis remedium in hoc reservabitur: cum nimis crudele est, parti, quae hoc intulit, propter hoc ipsum, quod judex ejus petitionem secutus est, superesse provocationem.« Nach dem §. 1. derselben Stelle könnte es scheinen, als ob auch ein auf den Grund eines nothwendigen, von dem Richter auferlegten, Eides gefälltes Erkenntniß nicht angefochten werden dürfe: allein aus dem eben mitgetheilten §. 3. ergibt sich das Gegentheil, indem bei einem nothwendigen Eide der Grund wegfällt, welcher hier angegeben wird.

11) L. 73. § 3. D. d. judic. V, 1. L 1. C. quor. appellat. n. recip. VII, 65.

12) L. un. C. ne liceat in una eademque causa tertio provocare etc. VII, 70.

*) Keller, Ueber Litiscontestation u. s. w. S. 197. folg.

Digitized by Google

Die negative Wirkung beſteht in der Conſumption der angeſtellten Klage. Damit verhielt es ſich nach älterem Römiſchen Rechte ſo:

1. Ungeachtet die Klage ſchon durch die Litis contestatio conſumirt wurde, ſo ward doch auch dem Urtheil eine eigene conſumirende Kraft beigelegt.

2. Die Conſumption der Klage war ſowohl bei der Litis contestatio, als bei dem Urtheil bald eine ſolche, welche ipso jure wirkte, bald eine ſolche, welche nur eine Exceptio begründete.

Das Nähere ſowohl über den einen wie über den andern Punkt gehört in die Rechtsgeſchichte.

Im neueren Römiſchen Rechte fällt die Conſumption der Klage durch die Litis contestatio weg; ſie, die Conſumption, wird, wie ſchon im §. 165. bemerkt worden iſt, erſt durch das Urtheil begründet. Und ferner: die Conſumption der Klage tritt niemals ipso jure ein, ſondern das Urtheil hat immer nur die Wirkung, daß, wenn die Klage wiederholt angeſtellt wird, der dadurch in Anſpruch Genommene ſich mittelſt einer Exceptio, nämlich mittelſt der Exceptio rei judicatae ſchützen kann.

Ich komme nun zu der poſitiven Wirkung des Urtheils. Dieſe beſteht darin, daß das Urtheil unter den Parteien eine Obligatio hervorbringt, vermöge welcher ſie auf der einen Seite verbunden ſind, den Inhalt des Urtheils anzuerkennen, auf der andern Seite aber auch berechtigt, dieſe Anerkennung von einander zu fordern. Hierin aber liegt wiederum zweierlei:

1. Iſt der Beklagte verurtheilt, ſo iſt er, das Urtheil mag gerecht oder ungerecht ſein, verbunden, dem Kläger alles Dasjenige zu leiſten, wozu der Richter ihn, den Beklagten, ſchuldig erkannt hat. Der Kläger, welcher den Sieg davon getragen, kann, um ſich dasjenige, was ihm zuerkannt iſt, zu verſchaffen, die richterliche Hülfe in Anſpruch nehmen, und zwar, unter gewiſſen Vorausſetzungen, mittelſt einer eigenen Klage, nämlich mittelſt der Judicati actio.

2. Für beide Theile erhält der in dem Urtheil liegende Ausſpruch, daß eine gewiſſe Thatſache, ein gewiſſes Recht vorhan-

Digitized by Google

den sei, oder nicht vorhanden, die Kraft der Wahrheit. So oft in der Folge, wenn gleich in einem andern Rechtsstreite, die durch das Urtheil entschiedene Frage aufs Neue zur Sprache kommt, so ist derjenige, zu dessen Vortheil das Urtheil gereicht, berechtigt, sich darauf zu berufen; derjenige aber, zu dessen Nachtheil das Urtheil gereicht, ist verbunden, den Inhalt des Urtheils für wahr gelten zu lassen, gesetzt auch, daß das Urtheil noch so ungerecht wäre: es wird darüber, ob es gerecht sei oder nicht, gar keine weitere Verhandlung gestattet [1]).

Diese Verbindlichkeit, den Inhalt des Urtheils für wahr gelten zu lassen, begründet für denjenigen, zu dessen Gunsten das Urtheil ausgefallen ist, eine Einrede, die, nach Verschiedenheit der Umstände, bald eine **Exceptio rei judicatae** ist, bald eine **Replicatio rei judicatae.**

Ein allgemeiner Grundsatz aber, welcher sich auf die Wirkungen eines rechtskräftigen Erkenntnisses überhaupt bezieht, ist folgender: die Wirkung eines rechtskräftigen Erkenntnisses ist beschränkt auf die Parteien; das Urtheil gilt nur **inter partes**; dritten Personen gereicht es weder zum Vortheil, noch zum Nachtheil [2]). Zur Erläuterung mögen folgende Beispiele dienen: Ich behaupte Erbe zu sein und klage deshalb mit der **Hereditatis petitio** gegen den **A.** Das Urtheil fällt für mich aus, indem mein Erbrecht anerkannt wird. Später stelle ich die **Hereditatis petitio** gegen den **B.** an; in diesem Prozesse kann ich mich auf das frühere mir günstige Urtheil nicht berufen [3]). — Ferner: Ich habe an Jemanden eine Forderung: der Schuldner hinterläßt zwei Erben, **A.** und **B.** Nun klage ich gegen den **A.** auf seinen Antheil an der Schuld, und gewinne den Prozeß. Später nehme ich auch den **B.** auf dessen Antheil in Anspruch. Hier kann ich mich auf das Urtheil, welches gegen **A.** gesprochen ist, nicht berufen; es ist möglich, daß ich, ungeachtet des

1) Dies ist es, was in **L. 207. D. d. R. J.** ausgedrückt ist: »Res judicata pro veritate accipitur.«

2) **L. 2. C. VII, 56.**: »Res inter alios judicatae neque emolumentum afferre his, qui judicio non interfuerunt, neque praejudicium solent irrogare . . . . . « **L. 63. init. D. h. t. XLII, 1. L. 10. D. d. exceptionib. XLIV, 1. L. 1. D. d. exc. rei jud. XLIV, 2. Inscr. Cod. VII, 60.** Inter alios acta vel judicata aliis non nocere.

3) **L. 12. D. d. jurejur. XII, 2.**

Digitized by Google

glücklichen Ausganges des ersten Prozesses, den zweiten Prozeß verliere [4]).

Also: es müssen, wenn das Urtheil soll geltend gemacht werden können, die Personen auf beiden Seiten dieselben sein. Dabei ist jedoch zu erwägen, daß ungeachtet der Identität der Personen in physischer Beziehung möglicher Weise, juristisch genommen, eine Diversität der Personen eintreten kann. Z. B. ich lege mir irgend ein Recht bei, und klage deshalb gegen den A. Ich verliere den Prozeß. Hinterdrein aber werde ich Erbe des B., und nun behaupte ich, jenes Recht sei dem B. zuständig gewesen und gegenwärtig auf mich, seinen Erben, übergegangen. Wenn ich jetzt, in dieser Beziehung, aufs Neue gegen den A. klage, so kann sich dieser auf das frühere Urtheil nicht berufen: denn das erste Mal klagte ich im eigenen Namen, — jetzt klage ich als Repräsentant des Verstorbenen, des B. [5]).

Dieser Grundsatz, daß das Urtheil nur inter partes gelte, ist jedoch gewissen Modificationen unterworfen. Einige dieser Modificationen betreffen nur gewisse Wirkungen des rechtskräftigen Erkenntnisses; andere sind von allgemeiner Beziehung. Nur diese gehören hierher gerade. Sie sind folgende:

1. Die Wirkungen des Urtheils erstrecken sich auch auf die universellen Successoren der Parteien, namentlich also auf die Erben derselben [6]).

2. Im Fall einer eigens begründeten Stellvertretung wirkt das unter den Stellvertretern gesprochene Urtheil auch auf die Verhältnisse der Vertretenen, der Repräsentirten. So wenn Jemand einen Prozeß durch einen Bevollmächtigten, durch einen Procurator geführt hat, oder wenn für den Pflegbefohlnen dessen Vormund aufgetreten ist [7]).

4) cit. L. 63. D. h. t. L. 22. D. d. exc. rei jud.
5) cit. L. 10. D. d. except. XLIV, 1.
6) L. 6. §. ult. D. h. t. L. 7. §. 1. D. d. except.
7) L. 28. D. d. procuratorib. III, 3. L. 2. pr. D. d. administrat. et peric. tutor. etc. XXVI, 7. L. 4. pr. et §. 2. D. h. t. L. 11. §. 7. D. d. exc. rei jud.

Digitized by Google

b. Insbesondere.

§. 172.

aa. Von der negativen Wirkung des Urtheils.

Soll diese negative Wirkung hervortreten, so wird, der Regel nach, erfordert, daß dieselbe Klage, eadem actio, von demselben, gegen denselben, also inter easdem personas, wiederholt angestellt werde; der wiederholt in Anspruch Genommene wird dann die Klage mittelst der Exceptio rei judicatae zurückweisen können [1]).

Ich will nun zuerst die Voraussetzung der eadem actio; dann zweitens die Voraussetzung der eaedem personae erläutern; und zuletzt drittens noch einige einzelne Bemerkungen folgen lassen.

Also — erstens — die neu angestellte Klage muß dieselbe sein, über welche bereits rechtskräftig erkannt ist. Dies aber läßt sich von der neu angestellten Klage nicht sagen, sobald irgend etwas dabei ist, was außer dem Bereich der früher angestellten Klage liegt. Daher ist die neu angestellte Klage nicht eadem actio:

1. Wenn sie auf ein Object geht, welches in der früheren Klage nicht mitbegriffen war — wie wenn z. B. Jemand, welchem mehre Sachen legirt worden sind, früher nur wegen einiger geklagt hat und nunmehr wegen der übrigen Klage erhebt [2]).

2. Wenn das Rechtsverhältniß, welches durch die neu angestellte Klage geltend gemacht werden soll, von dem früher verfolgten verschieden ist: wie z. B. wenn Jemand, der einer Servitut halber mit der Confessoria actio geklagt hat, diese Klage wegen einer andern Servitut, welche er an derselben Sache zu haben behauptet, abermals anstellt [3]).

3. Wenn die factische Begründung der neu angestellten Klage eine andere ist, als die der früher angestellten. Z. B. ich habe gegen Jemand die Hereditatis petitio zu einer Zeit angestellt, da er die Erbschaft nicht besaß; jetzt nun aber ist er Be-

1) §. 5. I. d. except. IV, 13. rei jud. XLIV, 2.
2) L. 20. L. 21. pr. D. d. exc. 3) L. 11. §. 6. D. eod.

Digitized by Google

ſitzer geworden, und darauf hin nehme ich ihn wiederholt in Anſpruch, ich ſtelle gegen ihn die Hereditatis petitio abermals an. Hier iſt nicht eadem actio vorhanden [4]).

Ganz beſonders muß ich jetzt noch darauf aufmerkſam machen, daß eadem actio und eadem quaestio nicht Eines und Daſſelbe ſind. In vielen Beziehungen trifft allerdings beides zuſammen, aber nicht durchweg. Wer auf ein Ganzes klagt, deſſen Klage geht implicite auch auf alle einzelne Theile des Ganzen; wenn er daher ſpäter wegen eines einzelnen Theils aufs Neue klagt, die Klage wiederholt, ſo iſt eadem actio vorhanden — aber daß auch eadem quaestio vorhanden ſei, läßt ſich nicht ſagen. Es kann ja füglich Jemand ein Recht, welches ihm in Bezug auf das Ganze abgeſprochen werden muß, in Bezug auf einen einzelnen Theil in der That haben [5]). Umgekehrt kann es nun aber auch geſchehen, daß bei einer ganz anderen Klage, als die früher angeſtellte war, beiläufig dieſelbe ſchon entſchiedene Quaestio abermals zur Sprache kommt. Denken wir uns: es ſtellt Jemand wegen einer einzelnen, zu dem Nachlaſſe eines Verſtorbenen gehörigen Sache die Rei vindicatio an, indem er behauptet, er ſei Erbe des Verſtorbenen, und ſo ſei deſſen Eigenthum auf ihn übergegangen; aber er verliert den Prozeß, indem die Entſcheidung dahin geht, er habe den Verſtorbenen nicht beerbt, ſei alſo auch in deſſen Eigenthum an der Sache nicht eingetreten. Später ſtellt der in dieſem Rechtsſtreite Abgewieſene gegen denſelben, welchen er früher mit der Rei vindicatio in Anſpruch genommen hatte, die Hereditatis petitio an. Dies iſt eine ganz andere Klage, als die Rei vindicatio; aber der Kläger kann den Prozeß nicht anders gewinnen, als wenn er wirklich des Verſtorbenen Erbe geworden iſt; und ſo kommt alſo dieſelbe Frage, die ſchon bei der Rei vindicatio entſchieden worden iſt, hier abermals zur Sprache. Wir haben alſo diversam actionem, aber eandem quaestionem [6]). Bei der negativen Wirkung des Urtheils nun kommt es lediglich auf

4) Dieſes Beiſpiel und andere mehr ſiehe L. 9. pr. D. eod. L. 12. §. 2. D. ad exhib. X, 4.

5) Siehe L. 7. pr. D. d. exc. rei jud. u. Keller üb. Litiscontestation u. ſ. w. S. 262.

6) Vgl. Keller a. a. O. S. 276.

Digitized by Google

die Identität der Actio an; die Identität der Quaestio kommt bei der positiven Wirkung des Urtheils in Betracht, wie sich zeigen wird im §. 174.

Das Bisherige betraf die Frage, was eadem actio sei? Nun aber ist ferner zu bemerken: die Regel, daß die negative Wirkung des Urtheils Identität der Klage voraussetze, ist nicht ohne alle Ausnahme. Nämlich: in einigen Fällen werden verschiedene Klagen, wegen der Gleichheit des Fundamentes, worauf sie beruhen, als Eine Klage betrachtet, und da kann denn, wenn die eine angestellt worden ist, die dadurch begründete Exceptio rei judicatae auch der andern entgegengesetzt werden. Dies gilt namentlich von der Redhibitoria actio und der Quanti minoris actio [7]), desgleichen von der Rationibus distrahendis actio und der Tutelae actio [8]).

Ich komme nun zweitens zu der Voraussetzung, daß der neue Prozeß inter easdem personas geführt werde.

Regel ist das allerdings. Aber die Regel hat ihre Ausnahmen. Dahin gehören vor Allem jene allgemeinen Ausnahmen, deren schon im §. 171. gedacht worden ist — ich meine den Fall universeller Succession, und den einer eigens begründeten Stellvertretung. Außerdem aber gibt es auch einige besondere Ausnahmen. Und über diese ist nun hier nähere Auskunft zu geben.

1. Ist für denjenigen, welcher eigentlich in Anspruch genommen werden sollte, ein Defensor im engeren Sinne, also ein zur Vertheidigung juristisch nicht Berufener, aufgetreten; so ist durch den gegen ihn geführten Prozeß die Klage auch gegen den Vertheidigten consumirt: auch dieser wird sich also, wenn er später in eigener Person belangt wird, der Exceptio rei judicatae bedienen können [9]).

2. Wenn mir eine Klage zunächst gegen den A. zusteht,

7) L. 25. §. 1. D. eod.

8) L. 1. §. 21. D. d. tutelae et rationib. distrahend. XXVII, 3. Hieher wird auch wohl zu rechnen sein der Concurs der Tributoria mit der de peculio actio. (s. §. 737.) Vgl. jedoch Keller a. a. O. S. 434. folg. Ferner der Concurs der de peculio actio mit der de in rem verso a., der quod jussu a. u. s. w. S. Keller a. a. O. S. 420. folg.

9) L. 11. §. 7. D. d. exc. rei jud. (S. §. 174. Not. 10.)

Digitized by Google

dieſer Klage aber, wegen des beſondern Verhältniſſes zwiſchen A. und B., zugleich eine Beziehung auf B. gegeben wird, dergeſtalt, daß ich aus demſelben Fundament ſowohl gegen A. als gegen B. klagen kann; ſo wird durch den Prozeß gegen den Einen die Klage auch hinſichtlich des Andern conſumirt [10]).

3. Bei **popularibus actionibus** und **interdictis** iſt es, der Regel nach, ſo: hat irgend Einer geklagt, ſo iſt die Klage nunmehr auch für alle Uebrige conſumirt [11]).

Es bleiben jetzt noch *drittens* einige einzelne Bemerkungen übrig.

1. Bei der negativen Wirkung des Urtheils kommt der *Inhalt* deſſelben gar nicht in Betracht. Der Beklagte hat alſo die **Exceptio rei judicatae**, auch wenn er verurtheilt worden iſt [12]). Wie in einem ſolchen Falle dem Kläger geholfen wird, werden wir ſehen im §. 174.

2. Im Fall einer *paſſiven* Correalobligation war es nach vorjuſtinianiſchem Rechte ſo: klagte der gemeinſame Gläubiger das Ganze gegen Einen unter den mehren Schuldnern ein, ſo konnte ſich auf die durch den Prozeß herbeigeführte Conſumption der Klage nicht nur dieſer Eine berufen, ſondern eben ſo gut konnten es auch ſeine Mitſchuldner, wenn etwa der gemeinſchaftliche Gläubiger ſpäterhin gegen ſie Klage erhob, gleichviel, ob der zuerſt in Anſpruch Genommene verurtheilt war oder freigeſprochen; gleichviel ferner, ob er im Fall der Verurtheilung, Zahlung geleiſtet hatte oder nicht. Ferner: denken wir uns, der Hauptſchuldner hat ſeinem Gläubiger einen Bürgen geſtellt. Hier verhielt es ſich nach vorjuſtinianiſchem Rechte auf eine ganz ähnliche Weiſe: durch den Prozeß gegen den Hauptſchuldner ward auch die Klage gegen den Bürgen conſumirt, und umgekehrt. — In beiden hier angeführten Beziehungen hat nun aber Juſtinian das ältere Recht geändert: der Prozeß gegen den Einen ſoll die Klage gegen den Andern nicht mehr conſumiren [13]).

10) L. 1. §. §. 17. 24. D. d. exercitoria a. XIV, 1 (Exercitor, Magister navis.)

11) L. 30. §. 3. D d. jurejur. XII, 2. L. 3. pr. D. d. popularib. act. XLVII, 23. L. 3. §. 13. D. d. libero hom. exhib. XLIII, 29.

12) L. 16. §. 5. D. d. pignorib. XX, 1.

13) L. 28. C. d. fidejussorib. VIII, 41.

Digitized by Google

3. In Bezug auf active Correalobligationen verhält es sich, nach älterem Rechte, so: klagt Einer der mehren correaliter berechtigten Gläubiger gegen den gemeinschaftlichen Schuldner das Ganze ein, so wird durch den Prozeß nicht bloß seine Klage consumirt, sondern es gilt dasselbe auch von den Klagen der Mitgläubiger. Man könnte erwarten, daß Justinian auch in diesem Punkte das ältere Recht geändert hätte, aber das ist nicht geschehen. Hier also müssen wir das ältere Recht als noch bestehend ansehen [14]).

bb. Von der positiven Wirkung desselben.

§. 173.

1. Nöthigung des Verurtheilten zur Erfüllung der ihm durch das Urtheil auferlegten Verbindlichkeit.

Denken wir uns, es ist für den Kläger gesprochen. Der Beklagte aber leistet nicht, was ihm zu leisten durch das Urtheil aufgegeben worden, ungeachtet die Frist, die ihm zur Erfüllung des Urtheils verstattet war, bereits verlaufen ist. Für Geldzahlungen ist diese Frist im Römischen Rechte gesetzlich zu vier Monaten bestimmt [1]). Jedoch ist es dem Magistratus erlaubt, sie nach Befinden zu verlängern, oder auch wohl, wenn besonders dringende Gründe es erfordern, zu verkürzen [2]). Also wir nehmen an, die Frist ist verstrichen, und der Beklagte hat nicht geleistet: hier fragt es sich zuerst — was kann der Kläger thun, um die Realisirung des ihm zuerkannten Anspruches herbeizuführen? Sodann aber fragt es sich zweitens, welche Zwangsmittel stehen dem Richter zu Gebote, um den Beklagten zu seiner Schuldigkeit anzuhalten?

Was die erste Frage betrifft, so genügt es an sich, daß der Kläger sich mit der einfachen Bitte an den Richter wende, nunmehr gegen den Beklagten mit angemessenen Zwangsmitteln zu verfahren. Aber denken wir uns, der in Anspruch zu Neh-

14) L. 16. D. d. duob. reis. XLV, 2. L. 5. i. f. D. d. fidejussorib. XLVI, 1. L. 31. §. 1. init. D. d. novat. et delegat. XLVI, 2.

1) L. 2. C. d. usur. rei jud. VII, 54.

2) L. 2. L. 31. D. h. t. (XLII, 1.)

mende ſtellt die Thatſache der Verurtheilung in Abrede, oder er behauptet, ſeiner Verbindlichkeit bereits genügt zu haben, oder ſonſt auf andere Weiſe durch ein ſpäteres Ereigniß von derſelben befreit worden zu ſein u. ſ. w., da wird eine weitere gerichtliche Verhandlung nothwendig, und dieſe einzuleiten, gibt es nach Römiſchem Rechte in dem Falle, da es ſich um eine Geldleiſtung handelt, eine eigenthümliche Klage, die Judicati actio.

In Bezug auf dieſe iſt Folgendes zu bemerken:

1. Anſtellen kann die Klage, außer demjenigen ſelbſt, der in dem früheren Prozeſſe als Kläger aufgetreten und darin Sieger geworden iſt, auch deſſen Erbe [3]). Hat bei Führung des frühern Prozeſſes eine eigens begründete Stellvertretung Statt gefunden, ſo ſteht die Judicati actio dem Vertretenen und deſſen Erben zu; der Stellvertreter kann ſie mit Erfolg nicht anſtellen, es wäre denn, daß er den früheren Prozeß als Procurator in rem suam geführt hätte [4]).

2. Gerichtet wird die Klage gegen denjenigen, welcher im früheren Prozeſſe verurtheilt iſt, oder gegen deſſen Erben [5]). Für den Fall eigens begründeter Stellvertretung gelten hier folgende Regeln: die Klage iſt gegen den Vertretenen oder deſſen Erben zu richten; der Stellvertreter hat nicht nöthig, ſich darauf einzulaſſen, ausgenommen wenn er den Prozeß als Procurator in rem suam geführt, oder ſich zugedrängt hat, d. h. ſich auf den Prozeß eingelaſſen, ungeachtet er dieß hätte vermeiden können [6]). Iſt der Stellvertreter als Procurator in rem suam verurtheilt, ſo hat der Sieger die Wahl, ob er ihn ſelbſt oder den Mandanten in Anſpruch nehmen will [7]). Hat der Stellvertreter ſich zugedrängt, ſo geht die Klage nur gegen ihn [8]).

Wir haben bisher den Fall einer eigens begründeten Stellvertretung geſetzt. Denken wir uns aber, es iſt für denjenigen,

3) L. 6. §. ult. D. eod.
4) L. 28. D. d. procuratorib. III, 3. L. 6. §. 3. D. quod cujusque universitatis nom. III, 4. L. 2. pr. D. d. administrat. et peric. tutor. XXVI, 7. L. 86. D. d solut. XLVI, 3.
5) cit. L. 6. §. ult. D. h. t.
6) L. 61. D. d. procuratorib. L. 2. pr. D. d. administrat. et peric. tutor. L. 7. D. quando ex facto tutores minores agere vel conveniri possunt. XXVI, 9. L. 4. pr. et §. §. 1. 2. D. h. t.
7) L. 29. D. d. procuratorib.
8) cit. L. 4. pr. D. h. t.

Digitized by Google

den eigentlich der Prozeß anging, irgend Jemand als bloßer Defensor aufgetreten, und dieser Defensor ist verurtheilt worden, da kann nur eben der Defensor mit der Judicati actio in Anspruch genommen werden [9]).

Zuletzt muß ich nun noch insbesondere etwas bemerken in Bezug auf den Fall, da der Prozeß gegen Mehre geführt ist, und diese nun gemeinschaftlich zur Zahlung einer Summe Geldes verurtheilt sind, und nicht etwa ausdrücklich solidarisch. Hier theilt sich die Zahlungsverbindlichkeit unter den mehren Verurtheilten; die Judicati actio kann gegen jeden Einzelnen nur pro rata, also nur für seinen Antheil angestellt werden [10]).

3. Der Zweck der Klage ist die Hülfsvollstreckung; der Kläger will bewirken, daß das Urtheil realisirt werde.

Soviel von der Judicati actio insbesondere. Dasjenige indeß, was ich über die Subjecte dieser Klage gesagt habe, das findet natürlich Anwendung auch da, wo auf Execution unmittelbar angetragen wird [11]).

Das Bisherige betraf bloß das Römische Recht. Ich will jetzt noch einige Bemerkungen über das heutige Recht folgen lassen:

Auch heutiges Tages wird dem Verurtheilten zur Befolgung des Urtheils eine gewisse Frist verstattet; aber man bindet sich dabei nicht an die gesetzlichen Bestimmungen des Römischen Rechts, sondern es pflegt lediglich dem Ermessen des Richters überlassen zu werden, die Länge der Frist zu bestimmen, und diese ist dann in der Regel eine viel kürzere, als eine viermonatliche [12]).

Das Verfahren aber, mittelst dessen die Execution eingeleitet wird, ist im Allgemeinen, es sei nun von Geldleistungen oder von anderen Leistungen die Rede, dieses: der Sieger wendet sich an den Richter mit der Bitte um einen Befehl an den verur-

9) citt. L. 28. L. 61. D. d. procuratorib.

10) L. 43. D. h. t. L. 10. §. 3. D. d. appellat. XLIX, 1. Tit. Cod. VII, 53. Si plures una sententia condemnati sunt.

11) Vgl. Bethmann-Hollweg, Handb. d. Civilproc. Th. I. S. 323. Note 93.

12) S. Heffter, Institut. des Civilproc. S. 260.

Digitized by Google

theilten Gegner, dem Erkenntnisse, bei Vermeidung der Hülfsvollstreckung, Genüge zu leisten [13]). Bei Erlassung dieses Befehls bestimmt der Richter eine Frist, innerhalb deren der Verurtheilte demselben nachkommen soll. Bringt der Gegner alsdann Einwendungen vor, welche statthaft erscheinen, so wird zunächst über diese verhandelt. Bringt er keine Einwendungen vor, oder sind die vorgebrachten beseitigt, und der richterliche Befehl bleibt dennoch unbefolgt, so bedarf es eines neuen Gesuches von Seiten des obsiegenden Theils, nämlich des Gesuchs, die Hülfe nunmehr wirklich zu vollstrecken; worauf dann diese von dem Richter in der That erkannt und zugleich das Nöthige wegen der anzuwendenden Zwangsmittel verfügt wird [14]).

Ich wende mich nunmehr zu der zweiten Frage wegen der Zwangsmittel.

Damit verhält es sich nach Justinianischem Rechte so: kommt es auf eine Geldzahlung an, so läßt die Obrigkeit dem Verurtheilten Sachen abpfänden, aus deren Verkauf dann der Sieger befriedigt wird, also man hilft diesem durch **Pignorum capio**. Auch kann es geschehen, daß dem Gläubiger verstattet wird, sich selbst in den Besitz der Güter des Schuldners zu setzen und dann durch deren Verkauf sich bezahlt zu machen, also es kann auch geholfen werden durch **In possessionem missio** [15]). Außerdem geschieht im Justinianischen Rechte auch noch eines Zwanges gegen die Person Erwähnung, namentlich des Schuldgefängnisses [16]).

Handelt es sich nicht um Geld, sondern um die Leistung irgend einer andern, ihrer Individualität nach bestimmten Sache, also um die Leistung einer **Species**, wie man zu sagen pflegt, so kann die Obrigkeit die Sache dem Verurtheilten mit Gewalt wegnehmen, und an den Sieger ausliefern lassen. Ein Verfahren dieser Art fand in dem Falle, wo es sich bloß um die Herausgabe einer dem Sieger angehörigen Sache handelte, schon zur Zeit der classischen Juristen Statt [17]). Auch scheint ein

13) Martin, Civilproc. §. 267.
14) Martin a. a. O. §. 268.
15) L. 31. D. h. t. L. 2. L. 3. C. d. execut. rei judic. VII, 53. Vgl. Bethmann-Hollweg a. a. O. S. 339. folg.
16) L. 1. L. 8. C. qui bonis cedere possunt. VII, 71. Bethmann-Hollweg a. a. O. S. 345.
17) S. L. 68. D. d. R. V. VI, 1.

Digitized by Google

ähnliches unmittelbares Eingreifen der Obrigkeit schon damals in Bezug auf die Vorzeigung von Sachen für zulässig geachtet zu sein. Aber nach Justinianischem Rechte findet es Anwendung selbst da, wo es sich um Uebertragung des Eigenthums handelt. Die Obrigkeit nimmt dem Verurtheilten die in Frage stehende Sache weg und übergibt sie dem Sieger, gleichsam als Stellvertreterin des Verurtheilten [18]).

So wenn es sich um die Leistung einer Species handelt. Ist aber die Rede von Sachen, die, obschon kein Geld, doch nur der Gattung nach bestimmt sind, so gibt es im Justinianischen Rechte kein Mittel, wodurch die Obrigkeit die Leistung desjenigen, wozu der Schuldner eigentlich und zunächst verbunden ist, zu erzwingen im Stande wäre. Und eben dies gilt von solchen Handlungen, die überall gar nicht in der Leistung von Sachen, sondern in einem anderweitigen Thun oder Unterlassen bestehen. Und daher wird dann in Fällen dieser Art, wenn der Schuldner nicht freiwillig erfüllt, auch nach Justinianischem Rechte überhaupt nicht auf die schuldige Leistung selbst, sondern auf das Interesse erkannt, also auf eine Geldleistung, hinsichtlich deren dann die dabei anwendbaren Executionsmittel eintreten [19]).

Heutiges Tages sind die der Obrigkeit zu Gebote stehenden Zwangsmittel von weiterem Umfange. Es gehören dahin z. B. auch: Einlegung der Wache, Zwang zum Arbeiten u. s. w.

§. 174.

2. Geltung des Urtheils in anderer Beziehung.

† DIG. XLIV, 2. De exceptione rei judicatae.

Im §. 171. ist der Satz vorgekommen: »Res judicata pro veritate accipitur.« Dieser nun soll hier weiter ausgeführt werden. Er findet Anwendung, so oft eadem quaestio inter easdem personas, wenn schon alio genere judicii zur Sprache kommt [1]); der Inhalt des Urtheils kann dann nach

18) Vgl. Bethmann-Hollweg a. a. O. S. 338. folg.

19) Bethmann-Hollweg a. a. O. S. 337. folg.

1) Nach L. 3. D. h. t. L. 7. §. 4. D. eod. »..... exceptio rei

Digitized by Google

Verschiedenheit der Umstände bald mittelst einer **Exceptio**, bald mittelst einer **Replicatio rei judicatae** geltend gemacht werden.

Ich will nun die hier angedeuteten Punkte der Reihe nach im Einzelnen durchgehen.

I. Es wird vorausgesetzt **eadem quaestio.**

Um aber sagen zu können, es sei eadem quaestio vorhanden, dazu wird erfordert:

1. daß der Gegenstand des Anspruches derselbe sei, es wird erfordert **idem corpus, eadem quantitas** [2]).

2. Der Anspruch selbst muß seiner rechtlichen Natur nach derselbe sein — es wird also auch **idem jus** erfordert [3]). Mit dieser *rechtlichen Identität* des Anspruches ist wohl vereinbar eine *Verschiedenheit* in dem *materiellen Umfange* desselben. Liegt diese Verschiedenheit darin, daß dem Anspruche früher ein geringerer Umfang gegeben wurde, als in welchem er gegenwärtig geltend gemacht werden soll, so werden wir sagen können, auch der Gegenstand ist derselbe, denn das Wenigere ist ja in dem Mehr mitenthalten, und sonach haben wir eandem quaestionem. Dies erläutert folgender Fall: Ich habe früher gegen meinen Nachbar das Recht behauptet, mein Gebäude um *zehn* Fuß erhöhen zu dürfen; dieses Recht aber ist mir rechtskräftig abgesprochen. Jetzt behaupte ich die Berechtigung, mein Gebäude um *zwanzig* Fuß erhöhen zu dürfen. Hier ist idem jus vorhanden — aber insofern, als die zehn Fuß in den zwanzig Fuß mit enthalten sind, auch eadem quantitas und somit eadem quaestio [4]). Sobald es nun aber an der rechtlichen Identität des Anspruches fehlt, so kann, wenn schon der Gegenstand derselbe sein mag, von der Identität der Quaestio keine Rede sein. Z. B. ich habe wegen einer Sache die Rei vindicatio angestellt und den Prozeß verloren. Hinterdrein aber stelle ich auf Leistung derselben Sache eine persönliche Klage an: das ist nicht eadem quaestio [5]).

judicatae obstat, quotiens inter easdem personas eadem quaestio revocatur vel alio genere judicii . . . . . «

2) L. 12. L. 13. D. h. t.

3) cit. L. 13. D. h. t.

4) Dieser Fall findet sich in L. 26. pr. D. h. t.

5) L. ult. D. h. t.

Digitized by Google

3. Ferner wird erfordert **eadem causa petendi** [6]). Es kann sein, es hat sich seit dem früheren, mittelst eines rechtskräftigen Erkenntnisses zurückgewiesenen, Anspruche in den Thatsachen nichts geändert, aber auf die Thatsache, welche jetzt zur Begründung des Anspruches geltend gemacht werden soll, hat die frühere Entscheidung keine Beziehung: dann haben wir nicht **eandem causam petendi**, und also auch nicht **eandem quaestionem**. Zur Erläuterung wird Folgendes dienen: ist mir in einem Rechtsstreite über das Eigenthum dieses schlechthin abgesprochen, so ist es mir abgesprochen in Bezug auf alle irgend mögliche Erwerbsgründe. Es ist daher, wenn ich später meinen Anspruch erneuere, indem ich behaupte, ich sei, und zwar schon damals, zur Zeit des früheren Rechtsstreites, Eigenthümer gewesen, ganz gleichgültig, welchen Erwerbsgrund ich zur Unterstützung dieser Behauptung angeben mag; das rechtskräftig gewordene Erkenntniß wird mir immer im Wege stehen. Nehmen wir dagegen an, das frühere Erkenntniß ist auf einen bestimmten Erwerbsgrund beschränkt, das Eigenthum ist mir nur insoweit aberkannt, als ich dasselbe auf diese besondere Weise erworben zu haben behauptete: hier steht mir, Falls ich später mein damaliges Eigenthumsrecht aus einem andern Erwerbsgrunde geltend zu machen suche, die **Res judicata** nicht entgegen; die **Causa petendi** ist hier eine andere [7]).

Wir haben bis jetzt angenommen, es habe sich seit der rechtskräftigen Entscheidung in den Thatsachen nichts geändert. Nun aber kann es auch sein, daß darin später eine Aenderung eingetreten ist, und daß dadurch der früher aberkannte Anspruch eine, der Zeit nach, neue Begründung erhalten hat; wenn ich nun darauf hin meinen Anspruch wiederholt geltend zu machen suche, so ist die **Causa petendi** nicht dieselbe, das rechtskräftige Erkenntniß hindert mich also nicht, meinen Anspruch zu verfolgen. So kann mir das Eigenthum an einer Sache schlechthin aberkannt sein; dennoch wird das Urtheil mir nicht entgegenstehen, wenn ich mich bei später wiederholter Anstellung der **Rei**

6) Nach **L. 14. pr. D. h. t.**

7) Vgl. **L. 14. §. 2. L. 11. §. 2. D. h. t.**

Digitized by Google

vindicatio darauf berufe, seitdem Eigenthümer geworden zu sein [8]). Oder denken wir uns: ich habe bei irgend einer In rem actio den Prozeß um deswillen verloren, weil es an dem Erfordernisse des Besitzes von Seiten des Beklagten fehlte; hinterdrein aber ist der damals von der Klage Entbundene, Besitzer geworden: hier werde ich die Klage aufs Neue anstellen können, ohne daß der Beklagte sich auf den Inhalt des früheren Erkenntnisses berufen kann [9]).

Nach Erledigung dieses ersten Punktes, inwiefern eadem quaestio vorhanden ist, komme ich nun

II. an das Erforderniß der eaedem personae.

Dieses Erforderniß bildet allerdings die Regel; aber die Regel leidet gar manche Ausnahmen. Dahin gehören vor Allem jene schon im §. 171. angeführten allgemeinen Ausnahmen; ich meine den Fall universeller Succession und den Fall einer eigens begründeten Stellvertretung [10]). Die besonderen Ausnahmen aber sind folgende:

1. Auch die singulären Successoren der Parteien sind respective berechtiget und verpflichtet, den Inhalt des Urtheils für wahr gelten zu lassen [11]). Z. B. ich stelle einer Sache halber gegen den A. die Rei vindicatio an, und verliere den Prozeß. Später verkauft A. die Sache an den B. Wenn ich jetzt diesen mit der Rei vindicatio in Anspruch nehme, so wird auch er sich auf das frühere Erkenntniß berufen können [12]). Und was von einem eigentlichen Successor gilt, das findet Anwendung auch auf denjenigen, der, ohne einzutreten in das Recht selbst,

8) L. 11. §. 4. L. 25. pr. D. h. t.

9) L. 9. pr. L. 17. L. 18. D. h. t.

10) Auf diesen letzteren Fall bezieht sich L. 11. §. 7. D. h. t. »Hoc jure utimur, ut ex parte actoris in exceptione rei judicatae hae personae contineantur, quae rem in judicium deducunt. Inter hos erunt procurator, cui mandatum est, tutor, curator furiosi vel pupilli, actor municipum; ex persona autem rei etiam defensor numerabitur, quia adversus defensorem agit, qui litem in judicium deducit.«

11) Umkehren dürfen wir aber diesen Satz nicht. Wir können nicht sagen: Ein Urtheil, gesprochen unter den Successoren, macht Recht auch unter den Auctoren, d. h. unter denen, in deren Stelle jene getreten sind. So braucht z. B. der Verkäufer ein gegen den Käufer gesprochenes Urtheil gegen sich nicht gelten zu lassen. Siehe L. 9. §. ult. L. 10. D. h. t.

12) L. 11. §. §. 3. 9. L. 28. D. h. t.

Digitized by Google

welches einem Andern zusteht, dennoch aus diesem Rechte des Andern das seinige ableitet. So leitet derjenige, dem eine Sache verpfändet ist, sein Pfandrecht ab aus dem Eigenthume des Verpfänders, und daher kann möglicher Weise auch gegen ihn ein Urtheil geltend gemacht werden, welches vor der Verpfändung gegen den Verpfänder gesprochen ist [13]).

2. Ist der Prozeß von Seiten des Beklagten durch einen Defensor im engeren Sinne des Worts geführt, so kann, wenn dieser verurtheilt worden ist, der Inhalt des Erkenntnisses gegen den Vertheidigten nicht geltend gemacht werden. Ist aber der Defensor losgesprochen, so kann der Vertheidigte sich auf den Inhalt des Urtheils allerdings berufen [14]).

3. Wenn einem Mehren gemeinschaftlichen Grundstücke eine Prädialservitut zugeschrieben wird, und Einer der mehren Eigenthümer deshalb die confessoria actio anstellt, so kommt, Falls er siegt, der Sieg auch den übrigen Eigenthümern zu Statten; unterliegt er aber, so ist dies für die Uebrigen ohne Nachtheil [15]).

4. Angenommen, A. steht zu dem B. in einem Verhältnisse, welches macht, daß der Gegenstand eines von diesem geführten Rechtsstreites auch für ihn von Interesse ist, und zugleich ist er berechtigt, dieses Interesse dadurch wahrzunehmen, daß er in jenem Prozeß als Intervenient, als Theilnehmer, auftritt. Nun weiß A. um den Prozeß; dennoch aber nimmt er keinen Theil an der Führung desselben; vielmehr läßt er es geschehen, daß B. allein ihn führt. Hier wird A. angesehen, wie wenn er Theil genommen hätte, und deshalb muß er nunmehr das zwischen B. und dessen Gegner gesprochene Urtheil eben so gegen sich gelten lassen, wie er es im Fall wirklicher Theilnahme gegen sich hätte müssen gelten lassen. Z. B. mein Schuldner hat mir an einer Sache ein Pfandrecht gegeben; die Sache befindet sich in den Händen des X.; diesen belangt mein Schuldner mit der Eigenthumsklage. Hier bin ich, wegen des mir bestellten Pfandrechtes, dessen Gültigkeit von dem Eigenthumsrechte meines

13) L. 3. §. 1. D. d. pignorib. XX, 1.

14) cit. L. 11. §. 7. D. h. t. (S. Note 10.) Vgl. L. 23. D. d. solut. XLVI, 3.

15) L. 4. §. 3. L. 19. D. si servitus vindic. VIII, 5.

Digitized by Google

Schuldners abhängt, berechtigt, als Intervenient aufzutreten. Thue ich dies aber nicht, ungeachtet ich von dem Rechtsstreite weiß, und das Urtheil fällt dahin aus, daß ihm zu Folge mein Schuldner zur Zeit des bestellten Pfandrechtes nicht Eigenthümer war; so kann ich das Pfandrecht gegen den X. nicht geltend machen. X. kann sich auf das ihm günstige Erkenntniß auch gegen mich berufen. Er kann unter Bezugnahme darauf sagen: da A. nicht Eigenthümer der Sache war, so konnte er dir auch kein Pfandrecht darauf bestellen [16]).

5. Wenn der Gläubiger gegen den Hauptschuldner klagt, und dieser absolvirt wird, so kommt das Urtheil auch den Bürgen zu Statten [17]).

6. Die rechtskräftige Entscheidung eines über das Recht der Erbfolge geführten Rechtsstreites hat Einfluß auch auf die rechtlichen Verhältnisse sowohl der Gläubiger des Verstorbenen, als der Legatare. Sie hat Einfluß auf das Verhältniß der Gläubiger: diese nämlich können sich nunmehr, unter Bezugnahme auf das rechtskräftige Erkenntniß, an denjenigen halten, der in diesem als Erbe anerkannt ist. Spricht gleich die Stelle, aus welcher dies hergeleitet wird [18]), insbesondere von dem Fall, da

16) Wegen dieses Beispiels und anderer mehr verweise ich auf L. 63. D. d. re jud. XLII, 1. von den Worten »Sed scientibus sententia« an. Der Eingang der Stelle ist ohne Zweifel corrumpirt, aus dem weiteren Erfolge ergibt sich indessen zur Genüge die Meinung des Juristen. Siehe hierüber Keller, über Litiscontestation ꝛc. S. 368. Note 11. Noch muß ich bemerken: um die Mitte der Stelle kommen in einigen Ausgaben folgende Worte vor: »veluti si creditorem experiri passus sit debitor.« Der Cod. Florentinus aber liest: »veluti si creditor experiri passus sit debitorem.« Diese Lesart ist entschieden die richtige: (vgl. Keller a. a. O. S. 371. Note 16. und S. 377. Note 24.) nach ihr beziehen sich die fraglichen Worte auf das Beispiel gerade, welches ich nur so eben angeführt habe. Ueber die ganze Stelle ist jetzt zu vergleichen: Keller a. a. O. S. 368 bis S. 379. Außerdem vgl. L. 4. §. §. 2-4. D. d. appellat. XLIX, 1. Zugleich ist zu erinnern an dasjenige, was oben unter II, 1. vorgekommen ist.

17) L. 7. §. 1. D. d. except. XLIV, 1. (S. ob. §. 161. Note 7.) L. 21. §. ult. D. h. t. Diese Stellen sprechen zunächst wohl von der Consumption der Klagen; im Justinianischen Rechte aber müssen sie hieher gezogen werden.

18) L. 50. §. 1. D. d. legat. I. »— — Si tamen secundum substitutum pronuntiet (scil. hereditatis judex), an ille legatariis teneatur? videamus. Et quum jus facit haec pronuntiatio quod attinet ad ipsius personam, numquid legatariis teneatur? nec enim tam improbe causari potest, secundum se judicatum per gratiam: respondebit igitur et legatariis et creditoribus.«

Digitized by Google

der Substitut über den Instituten den Sieg davon getragen hat, so muß doch bei der Allgemeinheit der in der Stelle angegebenen Ratio, was sie von diesem besonderen Falle sagt, analoger Weise auch in andern Fällen gelten. Die Ratio nämlich ist diese: es kann nicht geduldet werden, daß der als Erbe Anerkannte selbst, dem Gläubiger gegenüber, die Sache so darstelle, als sei er mit Unrecht als Erbe anerkannt worden.

Die rechtskräftige Entscheidung hat nun aber ferner Einfluß auch auf die Verhältnisse der Legatare. Die Quellen enthalten hierüber folgende Bestimmungen: trägt der Substitut den Sieg über den Instituten davon, so können die Legatare ihrer Verhältnisse halber sich ohne Weiteres an den Substituten halten [19]). Ferner: trägt der Intestaterbe den Sieg davon über den im Testamente zum Erben Ernannten, so kann dieser, wenn er von den Letzteren in Anspruch genommen wird, sich auf das Urtheil berufen, er wird sagen können: das Testament gilt nicht; und, wie ich in Folge dessen nicht Erbe bin, so könnt auch ihr keinen Anspruch machen auf die euch ausgesetzten Vermächtnisse [20]).

Dieser Satz ist jedoch gewissen Modificationen unterworfen. Das gegen den testamentarischen Erben ausgefallene Urtheil gereicht nämlich den Legataren nicht zum Nachtheil:

1. Wenn der testamentarische Erbe sich die Verurtheilung durch seine Contumaz zugezogen hat [21]).

2. Wenn er mit seinem Gegner colludirt, es also absichtlich darauf angelegt hat, ihn gewinnen zu lassen [22]).

3. Wenn er auch nur, ohne eigentliche Collusion, wider das ihm nachtheilige Erkenntniß Appellation einzulegen unterlassen hat [23]).

7. Wenn ein Prozeß geführt wird über den persönlichen Zustand oder die Familienverhältnisse eines Menschen, wenn also die Klage eine s. g. Actio praejudicialis ist, so muß das in

19) S. die vor. Note.
20) L. 3. pr. D. d. pignorib. XX, 1. L. 8. §. 16. L. 17. §. 1. D. d. inofficioso test. V, 2.
21) cit. L. 17. §. 1. D. d. inofficioso test. L. 18. D. eod. cit. L. 50. §. 1. init. D. d. legat. I. L. 14. §. 1. D. d. appellat. XLIX, 1.
22) L. 20. pr. D. d. inofficioso test. L. 5. §. 1. L. 14. pr. D. d. appellat. XLIX, 1.
23) cit. L. 50. §. 1. init. D. d. legat. I.

Digitized by Google

der Sache gesprochene Urtheil von Allen als richtig anerkannt werden [24]). Ob dieser Satz, der Theorie nach, in seiner ganzen Allgemeinheit richtig ist, das steht freilich dahin; aber er ist allgemein angenommen [25]).

III. Unter den bisher erörterten Voraussetzungen kann der Inhalt des Urtheils geltend gemacht werden auch **in alio genere judicii**; auf die Identität der Klage kommt es zwar bei der negativen Wirkung des Urtheils an, nicht aber bei derjenigen, von welcher hier die Rede ist. So haben wir ja schon gesehen, daß derjenige, welcher mit der Hypothecaria actio belangt wird, sich gegen diese gelegentlich durch die Berufung auf ein Urtheil schützen kann, welches in einem durch Anstellung der Rei vindicatio herbeigeführten Prozesse gesprochen ist. (S. oben II. 1.). Ferner: wer als Erbe eines Verstorbenen die Rei vindicatio angestellt hat, wird, wenn ihm in dem Urtheil die Eigenschaft eines Erben abgesprochen ist, dieses Urtheil gegen sich auch bei der Hereditatis petitio müssen gelten lassen, und umgekehrt [26]).

IV. Ich habe im Eingange dieses Paragraphen bemerkt, daß der Inhalt des Urtheils bald mittelst einer **Exceptio**, bald mittelst einer **Replicatio rei judicatae** geltend gemacht werden könne. Auch dies ist jetzt noch zu erläutern.

Zuerst von der **Exceptio rei judicatae**. Von selbst versteht es sich, daß dieser der freigesprochene Beklagte sich bedienen kann, sobald er aufs Neue in Anspruch genommen wird. Aber auch der Kläger, zu dessen Gunsten das Urtheil ausgefallen ist, kann in die Lage kommen, das Urtheil mittelst einer Exceptio geltend zu machen. Z. B. ich habe gegen Jemand die Hereditatis petitio angestellt, und in dem Urtheil bin ich als Erbe anerkannt worden. Nun stellt hinterdrein mein Gegner die Here-

24) L. 25. D. d. statu hom. I, 5. L. 1. §. ult. L. 2. L. 3. D. d. agnoscend. et alend. liberis etc. XXV, 3.

25) Vgl. hierüber Keller, über Litiscontest. §. 47.

26) Ich verweise auf die Stellen in der Note 1. Zugleich erinnere ich an den §. 172. Andere Beispiele enthalten L. 7. §. ult. D. h. t. (Hereditatis petitio und Schuldklage auf ein debitum hereditarium gerichtet.) L. 8. D. eod. (Rei vindicatio und Theilungsklage.)

Digitized by Google

ditatis petitio gegen mich an; hier werde ich ihm die Exceptio rei judicatae entgegensetzen können [27]).

Die Replicatio rei judicatae setzt natürlicher Weise von der andern Seite her jederzeit eine Exceptio voraus, welche durch sie, durch die Replicatio, entkräftet werden soll. Diese Exceptio kann von sehr verschiedenartigem Inhalte sein; namentlich kann auch sie in der Bezugnahme auf ein früheres, rechtskräftiges Erkenntniß bestehen; denn auch die Exceptio rei judicatae kann durch unsere Replicatio möglicher Weise beseitigt werden, wie sich weiterhin zeigen wird.

Uebrigens kann sich der Replicatio rei judicatae sowohl der ehemalige Beklagte, als der ehemalige Kläger bedienen. Der ehemalige Beklagte: angenommen A., der wahre Eigenthümer einer Sache, stellt gegen den B., welcher die Sache von einem Nichteigenthümer gekauft hat, die Rei vindicatio an, wird aber rechtskräftig abgewiesen, indem sein Eigenthumsrecht nicht anerkannt wird. Hinterdrein kommt B. aus dem Besitze der Sache; sie befindet sich jetzt wieder in den Händen des A. Dies veranlaßt den B., gegen A. die Publiciana actio anzustellen. A. opponirt die Exceptio dominii; er beruft sich also darauf, daß er wahrer Eigenthümer sei, und deshalb an der Sache mehr Recht habe als der B. Diese Exceptio dominii kann der Beklagte mittelst der Replicatio rei judicatae entkräften; er kann sich darauf beziehen, daß dem A. in dem früheren Prozesse das Eigenthumsrecht bereits abgesprochen sei [28]). Aber auch der ehemalige Kläger kann sich der Replicatio rei judicatae bedienen. Nehmen wir an: A. hat gegen den B. geklagt; B. ist verurtheilt worden; aber er hat dem Urtheil noch nicht Genüge geleistet. Dies veranlaßt den A., die frühere Klage aufs Neue anzustellen. B., gestützt auf die negative Wirkung des Urtheils, also auf die dadurch herbeigeführte Consumption der Klage, opponirt die Exceptio rei judicatae. Diese Exceptio wird der A. entkräften können durch eine Replicatio rei **secundum se** judicatae. Die Berufung auf den Inhalt des Urtheils

27) L. 15. D. h. t. Vgl. L. 19. D. eod. 28) L. 24. D. h. t.

Digitized by Google

wird die Berufung auf die bloße Existenz desselben überwiegen; mit andern Worten: die positive Wirkung des Urtheils wird sich in diesem Fall kräftiger erweisen, als die negative [29]).

Zum Beschluß muß ich noch die allgemeine Bemerkung hinzufügen: die Exceptio und die Replicatio rei judicatae stehen nicht bloß dem ehemaligen Beklagten und dem ehemaligen Kläger zu Gebote; sondern auch dritten Personen, inwieweit nämlich überhaupt die positive Wirkung des Urtheils sich auch auf sie erstreckt.

G. Von gewissen, ihren Wirkungen nach, einem richterlichen Erkenntnisse vergleichbaren Handlungen der Parteien *). (§. §. 175. 176.)

§. 175.

a. Confessio in jure.

† DIG. XLII, 2. † COD. VII, 59. De confessis.

I. Römisches Recht.

Wenn der Beklagte im Gericht die Ansprüche des Klägers für gegründet anerkennt, und es nicht etwa noch auf eine Schätzung ankommt, so bedarf es überall keines weiteren Verfahrens, namentlich keiner Verurtheilung, denn es ist Grundsatz: »Confessus pro judicato est« [1]). Zur Erfüllung wird dem Confessus, gleich dem Verurtheilten, eine gewisse Frist verstattet [2]). Ist diese abgelaufen, so kann der Kläger ohne Weiteres auf Execution antragen; — eine eigene Klage auf Erfüllung, wie die judicati actio, gibt es hier nicht [3]).

So verhält es sich, falls es nicht noch einer Schätzung be-

29) L. 16. D. h. t. »Evidenter enim iniquissimum est, proficere rei judicatae exceptionem ei, contra quem judicatum est.« Vergl. L. 16. §. 5. D. d. pignorib. XX, 1. desgl. L. 9. §. 1. D. h. t. und zu denselben Ribbentrop, Commentatio ad L. 16. §. 5. D. d. pignorib. et L. 9. §. 1. D. d. except. rei judicatae. Gottingae. 1824. Keller, üb. Litiscontest. §. §. 71. 72.

*) Bethmann-Hollweg, Versuche über einzelne Theile der Theorie des Civilprozesses. S. 250. folg.

1) L. 56. D. d. re jud. XLII, 1.: »..... in jure confessi pro judicatis habentur.« L. 1. L. 6. §. 2. D. L. un. C. h. t.

2) L. 31. D. d. re jud. L. 6. §. ult. D. h. t. »Confessi utique post confessionem tempora quasi ex causa judicati habent.«

3) Paul. II, 1. §. 5.

Digitized by Google

darf. Inwieweit es dieser bedarf, insoweit ist mit der Confessio noch nicht Alles abgemacht, vielmehr wird die angestellte Klage zu dem Ende fortgesetzt, daß der Richter über den Betrag der zu leistenden Summe Geldes eine Entscheidung gebe: darauf ist denn nun aber auch die richterliche Beurtheilung beschränkt; denn über die Existenz der Schuld wird kein weiteres Verfahren gestattet, diese ist durch das Geständniß außer allen Zweifel gesetzt. Uebrigens erhält nun die Klage, um dieses Umstandes willen, den Beinamen einer Confessoria [4]).

Was die Bedingungen betrifft, an deren Vorhandensein diese Wirkungen geknüpft sind, so fällt das Erforderniß eines Certum seit der Oratio D. Marci [5]) weg. Dagegen wird vorausgesetzt:

1. daß der Gegenstand des Streites das Vermögen betrifft. Bei Präjudicialklagen schließt das Geständniß die Untersuchung der Wahrheit nicht aus [6]).

2. Daß der Inhalt des Geständnisses an sich möglich sei [7]).

3. Daß dem Geständniß kein Irrthum über die Behauptung des Klägers zum Grunde liege, also daß das Geständniß nicht auf etwas gehe, was der Kläger selbst gar nicht gemeint, gar nicht behauptet hat: ein Rechtsirrthum von Seiten des Confessus kommt dagegen nicht in Betracht [8]).

4. Derjenige, gegen welchen die Confessio soll geltend gemacht werden, muß das Geständniß in Person abgelegt haben [9]).

5. Das Geständniß muß abgelegt sein in Gegenwart des Gegners, oder eines Stellvertreters desselben [10]).

6. Nach dem Rechte zur Zeit der classischen Juristen, war ferner erforderlich, daß die Confessio in jure erfolgte, d. h. vor dem Magistrate; das Geständniß in judicio, also vor

4) Wegen alles hier Gesagten verweise ich auf L. 25. §. §. 1. 2. L. 26. D. ad leg. Aquil. IX, 2.

5) L. 6. §. 2. D. h. t. Vgl. pr. §. 1. ejusd. L. 6.

6) L. 6. L. 24. L. 39. C. d. liberali causa. VII, 16.

7) L. 2. §. 1. D. d. interrogat. in jure fac. XI, 1. L. 23. §. ult. bis L. 25. pr. D. ad leg. Aquil. IX, 2.

8) L. 2. D. h. t. »Non fatetur, qui errat, nisi jus ignoravit.« vergl. mit L. 4. D. eod. Vergl. Bethmann-Hollweg, Versuche u. s. w. S. 271. folg.

9) L. 6. §. 4. D. h. t.

10) L. 6. §. 3. D. eod.

Digitized by Google

dem Judex, war der Verurtheilung nicht gleich gesetzt. Andeutungen davon finden sich noch in den Justinianischen Rechtsbüchern [11]). Für das Justinianische Recht selbst aber ist dieser Unterschied, der mit dem älteren Ordo judiciorum zusammenhing, ohne Bedeutung.

II. Heutiger Gebrauch.

Es fragt sich jetzt, ob diese Grundsätze auch noch heutiges Tages Anwendung finden. Hierüber sind die Meinungen gar sehr getheilt. Viele verneinen die Frage; sie sagen: bei uns, heutiges Tages hat das gerichtliche Geständniß immer nur die Bedeutung, daß es den Gegner der Beweisführung überhebt; weiter wirkt es nichts: derjenige, der das Geständniß abgelegt hat, muß auf Verlangen zum Gegenbeweise zugelassen werden; die Nothwendigkeit der Verurtheilung wird durch das Geständniß nicht ausgeschlossen; und so vertritt denn also die Confessio in keinem Falle die Stelle einer Res judicata [12]). Viele indessen sehen die Sache anders an: von diesen unterscheiden Einige zwischen dem Geständniß vor, und dem Geständniß nach der Litiscontestation. Auf jenes wenden sie die Römischen Grundsätze an; auf dieses nicht [13]). Andere halten dagegen die Grundsätze des Römischen Rechts noch heute schlechthin für anwendbar [14]).

§. 176.

b. Interrogationes in jure.

† DIG. XI, 1. De interrogationibus in jure faciendis et interrogatoriis actionibus.

Wer eine Klage anzustellen beabsichtiget, kann zweifelhaft sein darüber, ob und inwieweit ein bestimmter Anderer derjenige gerade sei, gegen welchen er seine Klage zu richten habe. Die-

11) So in L. 56. D. d. re jud. XLII, 1. L. un. C. h. t.

12) Dieser Ansicht sind unt. And. Hellfeld, jurisprudentia forensis. §. 1798. Wening-Ingenheim, gemeines Civilrecht. I. B. I. §. 71. Bethmann-Hollweg a. a. O. S. 311.

13) So Lauterbach, Collegium theoretico-practic. XLII, 2. §. 21. Stryk, Usus modernus Pand. XLII, 2. §. 3. Hofacker, Principia jur. civil. §. 4500.

14) Dies thut namentlich Bayer, Civilproc. S. 305. folg. der 3ten Ausg.

sen Zweifel kann er möglicher Weise dadurch heben, daß er jenen Andern über die Thatsache, worauf es ankommt, im Gericht befragt; eine Frage, worauf der Andere, unter gewissen Voraussetzungen, sich einzulassen verbunden ist. Der Name für eine solche Frage ist »Interrogatio in jure.« Das »in jure« bezog sich ursprünglich auf den Gegensatz zwischen dem Magistratus und dem von diesem zu bestellenden Judex; es sollte damit angedeutet werden, daß die Frage coram Magistratu gethan werden müsse. Für das Justinianische Recht hat das »in jure« nur die Bedeutung: „im Gericht“ [1]). Angenommen nun, es ist eine solche Interrogatio erfolgt, und der Befragte hat darauf geantwortet; so gilt der Inhalt dieser Antwort, inwiefern er zu des Befragten Nachtheil gereicht, als ausgemacht, gleich dem Inhalt eines gerichtlichen Erkenntnisses [2]). Die beabsichtigte Klage kann nun mit Bezugnahme auf die von ihm ertheilte Antwort angestellt werden, und erhält dann den Beinamen »interrogatoria« [3]).

Ehe ich zur weiteren Auseinandersetzung übergehe, will ich vor Allem das schon Gesagte an einem Beispiel anschaulich machen. Denken wir uns: ein Verstorbener ist mir Geld schuldig geblieben. Jetzt will ich gegen seine Erben klagen. Ich weiß aber nicht gewiß, ob A., der für seinen Erben gilt, in der That Erbe sei, — oder ich bin wenigstens ungewiß darüber, ob er Heres ex asse sei oder nicht, ungewiß also, ob ich ihn auf das Ganze zu belangen habe oder nur auf eine gewisse Quote meiner Forderung, und auf welche Quote. Hier kann ich mir damit helfen, daß ich ihn, ehe ich mit meiner Klage selbst hervortrete, vor Gericht darüber befrage, ob er Erbe sei — und in welchem Maaße. Und wenn er nun hierauf etwa zur Antwort gibt: ich bin Erbe und zwar alleiniger Erbe, — so kann ich diese Antwort der gegen ihn anzustellenden Klage zu Grunde

1) Ich verweise auf L. 4. §. 1. D. h. t., der man übrigens deutlich ansieht, daß sie interpolirt ist.

2) L. 11. §. §. 1. 2. 9. D. h. t. §. 9. »Qui interrogatus responderit, sic tenetur, quasi ex contractu ejus obligatus, pro quo pulsabatur, dum ab adversario interrogatur. Sed et si a Praetore fuerit interrogatus, nihil facit Praetoris auctoritas, sed ipsius responsum, sive mendacium.«

3) S. die Ueberschrift des oben angeführten Tit. Dig. XI, 1.

Digitized by Google

legen. Der Befragte kann jetzt nicht mehr zurückziehen, nicht mehr sagen, ich bin nicht Erbe, oder, ich bin nur zu einem Theile Erbe [4]).

Jetzt wende ich mich zur Erörterung des Einzelnen:

1. Die Interrogationes in jure dienen immer nur dazu, eine Vorfrage ins Reine zu bringen. So in dem vorhin angeführten Beispiele. Daß der Verstorbene mir etwas schuldig gewesen sei, daß ich also überhaupt an den A., als seinen Erben, einen Anspruch machen kann, — das ist durch die erfolgte Interrogatio in jure keineswegs ausgemittelt; sondern nur so viel ist ausgemittelt: wenn der Verstorbene mein Schuldner war, so ist dann A. derjenige, an den ich mich halten kann, und zwar für so und so viel.

2. Das Interesse des Klägers bei der Interrogatio in jure ist ein zwiefaches: einmal, er will nicht vergeblich klagen, auch nicht sich der Gefahr aussetzen, mehr zu fordern, als er zu fordern befugt ist, indem schon dieses ihm nachtheilig werden kann [5]). Sodann will er sich, wo möglich, den Beweis ersparen, daß sein Gegner in der That derjenige sei, gegen den er zu klagen habe [6]).

3. Nicht jede Vorfrage, deren Beantwortung für denjenigen, welcher klagen will, von Interesse sein mag, berechtigt zu einer Interrogatio in jure. Die Hauptfälle, in welchen Interrogationes in jure verstattet werden, sind folgende: sie sind gestattet:

a. bei persönlichen Klagen, womit Jemand als Erbe eines Andern in Anspruch genommen werden soll [7]).

b. Desgleichen bei Noxalklagen, darüber nämlich, ob der Andere den Sclaven, auf den es ankommt, in seiner Gewalt habe, oder, wenn von einem Thiere die Rede ist, welches Schaden angerichtet hat, ob er Eigenthümer dieses Thieres sei [8]).

c. Bei in rem actiones, welche in der Person des Beklagten Besitz voraussetzen, darüber, ob und in welchem Maaße der zu

4) L. 1. pr. L. 2. D. h. t.
5) cit. L. 1. pr. D. h. t.
6) L. 2. L. 3. D. h. t.
7) Auf diesen Fall gerade beziehen sich die meisten Stellen unseres Titels. Siehe die Stellen in den Noten 2. 4. 5. 6. und L. 9. §. §. 6. 7. D. h. t.
8) L. 5. L. 7. D. h. t.

Digitized by Google

Befragende sich im Besitze befinde [9]). Bei der Hereditatis petitio kann die Frage auch darauf gerichtet werden, aus welchem Grunde der Gegner besitze [10]).

4. Die Frage kann gethan werden von dem Richter, auf Veranlassung desjenigen, welcher klagen will, aber auch von diesem unmittelbar selbst [11]).

5. Der Gefragte ist nur auf eine solche Frage Antwort zu geben schuldig, welche ihn selbst betrifft, oder denjenigen, als dessen Repräsentant er auftritt [12]).

6. Sind die Umstände von der Art, daß die Antwort des Befragten von dem Ausgange eines Rechtsstreits abhängt, in den er verwickelt ist; so kann er für jetzt zu einer bestimmten Antwort nicht angehalten werden. Und auch außerdem muß ihm auf sein Verlangen Frist zur Ueberlegung gegeben werden [13]).

7. Schon früher habe ich bemerkt, daß der Inhalt der gegebenen Antwort, inwiefern sie zu des Befragten Nachtheil gereicht, für ausgemacht gilt. Und zwar gilt er dafür selbst dann, wenn sich zeigen läßt, daß er unwahr ist [14]). Indessen wird dabei doch vorausgesetzt, daß die Antwort nicht etwas physisch oder juristisch Unmögliches enthalte [15]).

8. Wenn der Befragte in seiner Antwort die Wahrheit zu seinem Vortheil verhehlt; wenn er also das Verhältniß, in dem er sich wirklich befindet, abläugnet und dies später an den Tag kommt, die Unwahrheit seiner Aussage von dem Gegner dargethan wird, so hat dies für ihn eigenthümliche Nachtheile. Die Furcht vor diesen Nachtheilen ist es eben, die den Besitzer veranlassen soll, zu antworten und zwar richtig zu antworten. So wird der, welcher nur pro parte Erbe ist, welcher aber geäußert hat, überhaupt nicht Erbe zu sein, als Heres ex asse behandelt [16]); so verliert der, welcher es in Abrede gestellt hat, Eigenthümer

9) L. 20. §. 1. D. h. t.

10) L. 11. C. d. petit. heredit. III, 31. »— qui dicere cogitur, utrum pro herede, an pro possessore possideat.«

11) L. 9. §. 1. L. 11. §. 9. D. h. t. (S. ob. Note 2.)

12) L. 9. §. 3. L. 19. D. h. t.

13) L. 5. L. 6. D. h. t.

14) S. ob. d. Stellen in Note 2.

15) L. 13. pr. D. h. t. L. 14. §. 1. D. eod. »In totum autem confessiones ita ratae sunt, si id, quod in confessione venit, et jus et naturam recipere potest.«

16) L. 11. §. 3. D. h. t.

Digitized by Google

eines Thieres zu ſein, welches Schaden angerichtet hat, den Vortheil der noxae deditio, u. ſ. w. [17]).

9. Derjenige, welcher gar nicht antwortet, oder unbeſtimmt, oder ſo, daß die Antwort auf die vorgelegte Frage überall gar nicht paßt, wird gleich einem ſolchen behandelt, welcher die Wahrheit verhehlt und ſie abgeläugnet hat [18]).

10. Im Fall eines nachzuweiſenden entſchuldbaren Irrthums, wird demjenigen, welcher unrichtig geantwortet hat, geſtattet, ſeine Antwort zu berichtigen [19]).

11. Die Wirkung der Interrogatio in jure kann zum Nachtheil nur dem Befragten, zum Vortheil nur dem Fragenden gereichen: alſo ſie hat keine Beziehung auf dritte Perſonen [20]).

Soviel über die Interrogatio in jure und die Interrogatoriae actiones an und für ſich. Was aber die heutige Anwendbarkeit derſelben betrifft, ſo ſind die Meinungen darüber getheilt; und zwar um ſo mehr, als Einige ſogar die Behauptung aufgeſtellt haben, die bisher erörterten Grundſätze hätten ſchon zu Juſtinians Zeit nicht mehr gegolten. Dieſe Behauptung erhält allerdings durch die L. 1. §. 1. D. h. t. [21]) einigen Schein; ſie iſt aber dennoch unrichtig. Ausführlich handelt von dieſem Gegenſtande Glück, XI. S. 254. folg. u. S. 287. folg. Er ſelbſt iſt für die heutige Anwendbarkeit der Interrogationes in jure.

17) L. 1. §. 15. D. si quadrupes pauper. fec. IX, 1.

18) L. 11. §. §. 4. 5. 7. D. h. t.

19) L. 11. §. §. 8. 10. 11. 12. D. h. t. (§. 10.) »Qui justo errore ductus negaverit se heredem, venia dignus est.« (§. 11.) »Sed et si quis sine dolo malo, culpa tamen responderit, dicendum erit, absolvi eum debere, nisi culpa dolo proxima sit.«

20) L. 9. §. 4. L. ult. D. h. t.

21) »Interrogatoriis autem actionibus hodie non utimur, quia nemo cogitur, ante judicium de suo jure aliquid respondere, ideoque minus frequentantur, et in desuetudinem abierunt, sed tantummodo ad probationes litigatoribus sufficiunt ea, quae ab adversa parte expressa fuerint apud judices vel in hereditatibus, vel in aliis rebus, quae in causis vertuntur.«

Digitized by Google

II. Von der Wiederherstellung der Rechte *).

(§. §. 177-193.)

A. Von der In integrum restitutio [1]) überhaupt.

(§. §. 177-182.)

† DIG. IV, 1. De in integrum restitutionibus.

§. 177.

a. Begriff und Eintheilungen.

I. Begriff.

Bei Allem, was bisher seit dem §. 134. vorgetragen worden ist, sind wir von der Voraussetzung ausgegangen: Jemand, der sich ein gewisses Recht beigelegt, geräth darüber mit einem Andern in Streit, und erwartet nun von dem Ausgange der dadurch herbeigeführten gerichtlichen Verhandlung, sein vorhandenes, oder wenigstens von ihm als vorhanden angenommenes Recht durch den Richter anerkannt zu sehen, während der Gegner die entgegengesetzte Erwartung hegt. Nun aber kann es auch geschehen: es hat Jemand ein ihm zuständiges Recht verloren, oder er hat eine Verpflichtung übernommen, und er selbst stellt dies auch keineswegs in Abrede; aber es ist ihm darum zu thun, durch Vermittelung des Richters es dahin zu bringen, daß die erfolgte Rechtsveränderung als *nicht* erfolgt betrachtet, und so der frühere Rechtszustand *wieder hergestellt* werde: er will sein verlornes Recht wieder haben; er will von der übernommenen Verpflichtung befreit werden. Dann wird er um *Restitution* nachsuchen, und dies ist es, wovon in dem gegenwärtigen Abschnitte gehandelt werden soll.

In dem *vulgären* Sinne nun kann man die Ausdrücke: »In integrum restituere« und »In integrum restitutio« überall gebrauchen, wo auf irgend eine Weise der Erfolg herbeigeführt werden soll, daß Jemand ein verlornes Recht wieder erhält, oder von einer übernommenen Verpflichtung befreit wird, oder auch

*) G. C. Burchardi, die Lehre von der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand. Götting. 1831. 8.

1) Restitutio in integrum, in dieser Wortfolge, ist den Quellen keineswegs unbekannt. In L. 86. pr. D. d. A. v. O. H. XXIX, 2. (Papin.) kommt es zwei Male vor.

Digitized by Google

nur wegen eines Schadens, den er erfahren, Ersatz erhält: in diesem letzten Falle ist er nach erhaltenem Ersatze wenigstens nicht ärmer, als er vor dem erlittenen Schaden war, und insofern mag denn der frühere Zustand für wiederhergestellt geachtet werden. In diesem vulgären Sinne kann man also von jeder Entschädigungsklage sagen, daß dadurch eine **In integrum restitutio** bewirkt werde. Aber die technische Bedeutung, in welcher wir den Ausdruck **In integrum restitutio** hier nehmen, ist eine viel beschränktere. In diesem technischen Sinne wird darunter verstanden eine obrigkeitliche Erklärung des Inhaltes, daß ein Vorgang, wodurch ein früherer rechtlicher Zustand verändert worden ist, als nicht erfolgt betrachtet werden solle; so daß nur eben dadurch der frühere Rechtszustand wieder hergestellt wird. Man sagt auch: »Integri restitutio«; im Deutschen: „Wiedereinsetzung in den vorigen Stand."

Darin gerade, daß ein vorhandener Nachtheil auf diese außergewöhnliche Weise aufgehoben wird, darin liegt das Charakteristische einer eigentlichen und wahren **In integrum restitutio.** Hieraus ergibt sich Folgendes: denken wir uns, ein Vorgang ist von der Beschaffenheit, daß er gleichzeitig zwei verschiedene Rechtsverhältnisse hervorbringt, wovon das eine dem andern entgegenwirkt. Wenn ich hier dem Nachtheile, welchen das eine Verhältniß für mich mit sich führt, bloß dadurch begegne, daß ich das andere geltend mache; so läßt sich da von keiner eigentlichen **In integrum restitutio** sprechen; eben weil hier gar nichts Geschehenes hinweggedacht wird. Z. B. Jemand zwingt mich, das Eigenthum einer Sache auf ihn zu übertragen; hier ist dieser Zwang die gleichzeitige Ursache zweier verschiedener Rechtsverhältnisse. Das eine besteht in der Uebertragung des Eigenthums, das andere in der aus dem Zwange hervorgehenden eigenthümlichen **Obligatio.** Und wenn ich nun hier diese **Obligatio** geltend mache, wenn ich mit der daraus entspringenden **Quod metus causa actio** auf Zurückgabe der Sache klage, und auf diesem Wege die Aufhebung des Nachtheils bewirke, der aus der Uebertragung des Eigenthums für mich hervorgegangen war; so ist

Digitized by Google

das keine wahre und eigentliche **In integrum restitutio**; dagegen: wenn ich gezwungener Weise eine Erbschaft angetreten habe, und der Richter nun, auf mein Gesuch, erklärt, die Antretung der Erbschaft solle als nicht erfolgt angesehen werden, da haben wir eine wahre **In integrum restitutio**. — Nur von dieser **In integrum restitutio** im eigentlichen Sinne soll in diesem Abschnitte die Rede sein. Dagegen verweise ich folgende Verhältnisse, die man unrichtiger Weise mehrentheils mit in die Lehre von der **In integrum restitutio** zieht, in das Obligationenrecht: die Klage auf Rescission eines Kaufes wegen Verletzung über die Hälfte (§. 505.); die **Quod metus causa actio** und die **Metus exceptio** (§. §. 599—601.); die **De dolo actio** und die **Doli exceptio** (§. §. 602—604.); die **In factum actio** wegen einer **Alienatio judicii mutandi causa facta** (§. 625. I.); die **Pauliana actio** (§. 631.).

II. Eintheilungen.

Dahin gehört:

1. Die bei den Neueren übliche Eintheilung in **Restitutio gratiae seu ex capite gratiae** und in **Restitutio justitiae**. Jene erfolgt aus bloßer Gnade, und ist daher eine Sache nur des Regenten; diese, die s. g. **Restitutio justitiae**, erfolgt nach Rechtsgrundsätzen, und ist daher Sache des Richters. Nur auf diese wird hier Rücksicht genommen werden, und auch nur, inwieweit sie bei privatrechtlichen Verhältnissen Statt hat [2]).

2. Das Institut der **In integrum restitutio** schreibt sich ursprünglich her aus dem prätorischen Rechte. Späterhin aber erhielt dasselbe durch das Civilrecht manche Erweiterungen. Hierauf beruht die bei den Neueren übliche Eintheilung in **Restitutio civilis** und **Restitutio praetoria**. Jene civilrechtlichen Erweiterungen aber sind von einer doppelten Art. Sie bestehen einestheils darin, daß man der prätorischen Restitution eine größere Ausdehnung gegeben hat; anderntheils darin, daß man für einige Fälle die Restitution neu eingeführt hat. — Manche Neuere nun begreifen unter dem Ausdrucke Restitu-

2) Ueber diese Eintheilung vergl. Glück, V. S. 392. folg.

Digitized by Google

tio civilis beiderlei Arten der Erweiterungen. Andere beschränken ihn auf die Erweiterungen der zuletzt bezeichneten Art. Und diesem Sprachgebrauche werde auch ich folgen.

3. Eine fernere Eintheilung, welche die Neueren zu machen pflegen, ist die in Restitutio in integrum ordinaria und in Restitutio in integrum brevi manu. Unter jener versteht man eine solche, die nicht ertheilt wird ohne vorgängige Vernehmung des Gegentheils; unter dieser versteht man eine solche, welche auf das bloße Gesuch des Imploranten ertheilt wird, was besonders im Prozeß zu geschehen pflegt, wenn Jemand eine Frist versäumt hat.

b. Gesuch um Restitution.

§. 178.

α. Ueber die objective Begründung desselben *).

COD. II, 41. In quibus causis in integrum restitutio necessaria non est.

COD. II, 27. Si adversus rem judicatam restitutio postuletur. II, 28. Si adversus venditionem. II, 29. Si adversus venditionem pignorum. II, 30. Si adversus donationem. II, 32. Si adversus transactionem vel divisionem in integrum minor restitui velit. II, 33. Si adversus solutionem a tutore vel a se factam. II, 34. Si adversus dotem. II, 36. Si adversus usucapionem. II, 37. Si adversus fiscum. II, 38. Si adversus creditorem. II, 39. Si minor ab hereditate se abstineat. II, 40. Si ut omissam hereditatem, vel bonorum possessionem, vel quid aliud acquirat.

COD. II, 31. Si adversus libertatem. II, 35. Si adversus delictum.

Die erste Voraussetzung ist die eines für die Restitution im Allgemeinen geeigneten Vorganges. Es wird nämlich vorausgesetzt, daß sich irgend etwas, was eine juristische Bedeutung hat, ereignet habe, und zwar auf eine an sich gültige Weise — etwas, wodurch eine Rechtsveränderung bewirkt ist, — und was nun eben angesehen werden soll, wie wenn es sich nicht

*) Beziehen sich gleich die hier angeführten Titel des Codex sämmtlich zunächst auf die Restitution wegen Minderjährigkeit, so enthalten dieselben doch viele Rechtssätze, welche Anwendung finden auf die Restitution überhaupt.

Digitized by Google

ereignet hätte. Also es wird vorausgesetzt, »ut aliquid gestum sit«, wie die Römischen Juristen sich auszudrücken pflegen [1]).

Aber, wie gesagt, das, was geschehen ist, muß auf eine an und für sich gültige Weise geschehen sein. Denn das an und für sich Nichtige ist ja juristisch als gar nicht vorhanden anzusehen; dadurch kann der frühere Zustand factisch, aber nicht rechtlich verändert sein, und sonach gibt es hier gar nichts zu restituiren. Das geht aus der Natur der Sache hervor. Und daher kann es nicht wundern, wenn uns in den Quellen gesagt wird, daß Minderjährige, ungeachtet sie sonst in Hinsicht der Restitution so sehr begünstigt sind, doch gegen solche Rechtsgeschäfte, die ipso jure nichtig sind, nicht restituirt werden, eben weil es der Restitution nicht bedarf [2]).

Uebrigens deutet der Ausdruck »aliquid gestum esse« zunächst auf etwas Positives, was sich ereignet hat. Z. B. eine mir gehörige Sache ist von einem Andern usucapirt worden, und nun begehre ich, daß die Usucapion als nicht geschehen betrachtet, und auf diese Weise mein Eigenthumsrecht an der Sache wieder hergestellt werde [3]). — Oder ich habe eine Forderung verloren durch Erlaß und verlange jetzt Wiederherstellung derselben [4]). — Oder ich habe durch Repudiation das Recht verloren auf den Erwerb einer Erbschaft, und es kommt nun mir darauf an, dieses Recht wieder zu erhalten [5]).

Eben so kann nun aber auch der umgekehrte Fall vorkommen, daß ich eine Erbschaft durch Antretung erworben habe, und daß meine Absicht dahin geht: diese Antretung soll als nicht geschehen betrachtet werden, — ich will nicht Erbe sein [6]). Ferner: ich kann einen Vertrag eingegangen sein, den ich aufgeho-

1) L. 1. §. 1. L. 7. pr. D. d. minorib. IV, 4.

2) So in L. 16. §. §. 1. 3. D. eod. L. 4. C. in quib. caus. in integr. rest. necessaria non est. L. 3. d. tutore vel curatore, qui satis non dedit. V, 42. »— — Frustra igitur in integrum restitutionis auxilium desideras, quando ea, quae ab eo (sc. tutore, qui satis non dedit, nec administrandi potestatem habuit) gesta sunt, ipso jure irrita sunt.«

3) §. 5. I. d. actionib. IV, 6. L. 1. §. 1. D. ex quib. causis majores etc. IV, 6. L. un. C. si advers. usucap. II, 36.

4) L. 27. §. 2. D. d. minorib.

5) L. 24. §. 2. D. eod.

6) L. 21. §. 5. D. quod met. c. gest. er. IV, 2. L. 7. §. §. 5. 9. D. d. minorib.

Digitized by Google

ben wünsche [7]). — Und so ließen sich hier noch eine Menge von Verhältnissen aufzählen, ja selbst gegen ein rechtskräftiges Urtheil kann derjenige, welcher sich dadurch benachtheiligt findet, Restitution nachsuchen [8]).

Was aber noch ganz besonders verdient bemerkt zu werden, das ist dieses: es ist sogar möglich, daß Jemand sich gegen eine erhaltene Restitution wieder **in integrum** restituiren läßt [9]).

Soviel in Bezug auf positive Vorgänge. Aber die Römischen Juristen subsumiren unter dem Begriff des »gestum esse« auch das bloße Unterlassenhaben von demjenigen, was man thun mußte, um sein Recht wahrzunehmen. Daher findet denn Restitution Statt auch da, wo Jemand wegen unterlassener rechtsgültiger Anstellung einer Klage, sich dieser nun nicht mehr mit Erfolg bedienen kann, oder wo sonst irgend ein anderes Recht durch Nichtgebrauch verloren gegangen ist [10]). Wie z. B. wenn Jemand versäumt hat, zur rechten Zeit gegen ein ihn beschwerendes Urtheil Appellation einzulegen, und nun begehrt, hinterdrein noch zur Appellation zugelassen zu werden, gleich als ob jene Versäumniß nicht Statt gefunden habe [11]). Oder wenn Jemand unterlassen hat, eine ihm deferirte Erbschaft sich anzueignen, und er jetzt das dadurch verloren gegangene Recht, sie zu erwerben, wieder hergestellt wissen will [12]).

Aus dem bisher Vorgetragenen geht hervor, daß die Vorgänge, gegen welche Restitution möglich ist, von sehr mannigfaltiger Art sein können. Indeß gibt es nun doch auch Manches, wogegen keine Restitution zulässig ist. Nämlich:

1. Gegen unerlaubte Handlungen und deren rechtliche Folgen kann derjenige, welcher sich ihrer schuldig gemacht hat, der Regel nach keine Restitution erhalten [13]).

2. Die Restitution fällt weg gegen den Verlust einer Klage auf Strafe [14]).

7) L. 7. §. 1. D. eod.
8) Tit. Cod. si advers. rem jud. II, 27.
9) L. 7. §. 9. D. d. minorib.
10) L. 1. § 1. D. ex quib. caus. majores etc. IV, 6.
11) L. 7. §. 11. D. d. minorib.
12) Tit. Cod. si ut omissam heredit. II, 40.
13) L. 9. §. §. 2. 3. 5. D. d. minorib. Tit. Cod. si advers. delictum etc., an welchen Orten neben der Regel zugleich deren Beschränkungen zu finden sind.
14) L. 37. pr. D. d. minorib. L. 18. D. ex quib. caus. major.

Digitized by Google

3. Gegen die Verjährung einer Präjudicialklage, inwiefern die Klage darauf abzweckt, den Status eines Verstorbenen anzufechten [15]).

4. Es findet keine Restitution Statt gegen den Ablauf der dreißig- oder vierzigjährigen Verjährung. Dies beruht auf einer allgemein angenommenen Interpretation der in der L. 3. C. de praescript. XXX v. XL annor. VII, 39. vorkommenden Worte: »non sexus fragilitate, non absentia, non militia contra hanc legem defendenda« [16]).

5. In der Regel wird gegen eine vom Fiscus vorgenommene Versteigerung von Gütern seiner Schuldner keine Restitution gegeben [17]).

6. Nur der Vollständigkeit wegen führe ich an, daß es gegen die Freilassung eines Sclaven nach Römischem Rechte keine Restitution gibt [18]).

7. Man nimmt an, daß auch gegen die Eingehung der Ehe keine Restitution Statt finde [19]).

Zweitens wird erfordert eine Verletzung, eine Laesio, d. h. für denjenigen, welcher restituirt werden soll, muß aus dem Vorgange, wogegen er Restitutionen sucht, ein Schaden entstanden sein: dieser Schaden bestehe nun in einem Damnum emergens oder in einem Lucrum cessans, wie z. B. wenn Jemand eine Erbschaft oder ein Legat repudiirt hat [20]). Also eine Laesio ist nothwendig. Aber es kommt auch auf die relative Größe der Laesio an. Wenn derjenige, welcher um Restitution nachsucht, einen Verlust erfahren hat, der in Verhältniß zu dem Nachtheile,

15) L. 2. §. 1. D. ne de statu defunctorum post quinquennium quaeratur. XL, 15.

16) Ueber die unter Nr. 2. 3. 4. aufgeführten Ausnahmen ist zu vergleichen: Unterholzner, Entwickelung der gesammten Verjährungslehre, §. 35., wegen Nr. 4. insbesondere §. 136. Ueber das besondere Verhältniß der Minderjährigen zu der unter Nr. 4. aufgestellten Regel siehe oben §. 151. Nr. 1.

17) L. 5. C. d. fide et jure hastae fiscalis. X, 3. vgl. mit L. 3. C. si adv. fisc. II, 37.

18) Tit. Cod. si adv. libertat. II, 31.

19) S. Glück, VI. S. 15. Thibaut, Pand. §. 681.

20) L. 7. §. 6. D. d. minorib. »Hodie certo jure utimur, ut et in lucro minoribus subveniatur.« Vgl. L. 44. D. eod. und L. 27. D. ex quib. caus. major. IV, 6. »Et sive quid amiserit (absens), sive lucratus non sit, restitutio faciendа est, etiamsi non ex bonis quid amissum sit.«

Digitized by Google

den die Restitution einem Andern bringen würde, unbedeutend erscheint, so wird er nicht restituirt [21]).

Wird die Verletzung von dem Gegner in Abrede gestellt, so muß derjenige, welcher restituirt sein will, die Verletzung erweisen [22]), außer inwieweit die nachtheiligen Folgen eines Vorganges von selbst in die Augen springen, wie z. B. wenn Jemand ein Vermächtniß ausgeschlagen hat [23]).

Drittens erfordert jede **In integrum restitutio** eine mit der erlittenen Verletzung im Zusammenhange stehende **Justa causa restitutionis**, d. h. es muß irgend ein factisches Verhältniß vorhanden sein, um dessentwillen es billig erscheint, den dem zu Restituirenden nachtheiligen Vorgang als nicht vorhanden zu betrachten, und die rechtlichen Folgen desselben aufzuheben.

Dergleichen **justae causae** sind z. B. Zwang, minderjähriges Alter u. s. w. [24]). Das Nähere darüber wird in der Folge vorkommen. Hier will ich nur noch Einiges über die **justa causa** im Allgemeinen bemerken. Vor Allem verdient besonders hervorgehoben zu werden, daß die Verletzung, welche der zu Restituirende erfahren hat, mit der **justa causa**, worauf er sich beruft, im Zusammenhange stehen muß. Gerade der factische Umstand, welcher die **justa causa** ausmacht, muß zu dem erfolgten Verluste die Veranlassung gegeben haben. So ist die Abwesenheit in öffentlichen Angelegenheiten eine **justa causa restitutionis**. Aber der Abwesende wird doch gegen solche Nachtheile nicht restituirt, die ihn getroffen haben würden, auch wenn er nicht abwesend gewesen wäre [25]).

Uebrigens kann der factische Umstand, welcher die **justa causa** ausmacht, von der Art sein, daß er eigene Verschuldung ausschließt, so daß, wo diese im Spiel ist, die Restitution

21) L. 4 D. h. t. (IV, 1.)

22) L. 9. §. 4. D. d. jurejur. XII, 2. L. 5. pr. C. d. in integr. rest. minor. II, 22.

23) Hierüber s. Glück, V. S. 430. folg.

24) L. 1. L. 2. D. h. t. (IV, 1.) »Utilitas hujus tituli non eget commendatione, ipse enim se ostendit. Nam sub hoc titulo plurifariam Praetor hominibus vel lapsis vel circumscriptis subvenit, sive metu, sive calliditate, sive aetate, sive absentia inciderint in captionem; (2.) sive per status mutationem, aut justum errorem.«

25) L. 44. D. ex quib. caus. major.

Digitized by Google

wie bei der Abwesenheit wegfällt [26]). Aber es kann auch umgekehrt sein, daß die **justa causa** gerade Verschuldung voraussetzt. So ist es bei der Restitution wegen Minderjährigkeit. Der Minderjährige, als solcher, wird eben nur dann restituirt, wenn der Verlust, den er erfahren, durch jugendlichen Leichtsinn veranlaßt ist [27]). So wird in der letzten der eben (Note 27.) angeführten Stellen folgender Fall erörtert: ein Minderjähriger tritt eine sehr vortheilhafte Erbschaft an. In der Folge aber wird die Erbschaft durch Unglücksfälle, denen auch der Bedächtigste ausgesetzt gewesen wäre, schlecht, und so ist denn im Erfolge die Antretung der Erbschaft dem Minderjährigen statt vortheilhaft, nachtheilig. Es fragt sich daher, ob der Minderjährige gegen die Antretung der Erbschaft Restitution nachsuchen könne. Julianus, heißt es in der angezogenen Stelle, war dieser Meinung, Marcellus aber tadelte den Julianus, und zwar mit Recht: »**Neque enim**«, sagt er, »**aetatis lubrico captus est adeundo locupletem hereditatem: et quod fato contingit, cuivis patrifamilias, quamvis diligentissimo, possit contingere.**«

Wird die Existenz der **justa causa** geläugnet, so versteht es sich, daß der zu Restituirende zu beweisen hat [28]).

Viertens wird erfordert, daß dem Verletzten nicht etwa irgend ein anderes, ordentliches Rechtsmittel zu Gebote stehe, durch welches er auf eine eben so vollständige Weise zu seinem Schaden kommen könne. Denn die **In integrum restitutio** ist ein außerordentliches, der Regel nach bloß subsidiäres Mittel, mithin tritt sie nur da ein, wo es an andern eben so wirksamen Mitteln fehlt [29]).

26) **L. 7. pr. D. h. t. L. 16. D. ex quib. caus. major.** »Non enim negligentibus subvenitur, sed angustia rerum impeditis.«

27) **L. 44. D. d. minorib. L. 11. §. §. 4. 5. D. eod.**

28) **L. 4. C. d. in integr. rest. minor. II, 22.**

29) Vgl. **L. 16. pr. D. d. minorib.** (Ulpianus), woselbst von dem Minderjährigen gesagt wird: »**nam si communi auxilio et mero jure munitus sit, non debet ei tribui extraordinarium auxilium etc.**« Uebrigens führe ich diese Stelle nur an, um die allgemeine Regel daraus herzuleiten: denn was gerade die Minderjährigen insbesondere betrifft, so ist es wenigstens für das Justinianische Recht gewiß, daß die Regel auf sie keine Anwendung leidet. Zu Ulpians Zeit mochte sie auch für die Minderjährigen gelten. Aber zu Diocle-

Digitized by Google

§. 179.

β. Ueber die dabei in Betracht kommenden Personen.

COD. II, 26. Si in communi eademque causa in integrum restitutio postuletur. II, 49. Etiam per procuratorem causam in integrum restitutionis agi posse.

COD. II, 42. Qui et adversus quos in integrum restitui non possunt.

COD. II, 47. Ubi et apud quem cognitio in integrum restitutionis agitanda sit.

Es sind hier drei Fragen zu beantworten:

I. Wer ist befugt, um Restitution nachzusuchen?

1. Vor Allem ist natürlich der Verletzte selbst, dem eine **justa causa** zur Seite steht, befugt, um Restitution zu bitten [1]). Eben so aber sind

2. auch dessen universelle Successoren dazu berechtigt [2]).

3. In Beziehung auf das Verhältniß zwischen Hauptschuldner und Bürgen pflegt man als Regel Folgendes anzunehmen: wenn der Hauptschuldner berechtigt ist, um Restitution nachzusuchen, so kommt die von ihm erwirkte Restitution auch den Bürgen zu Statten. Macht aber der Hauptschuldner von seiner Befugniß keinen Gebrauch, so kann nun der Bürge selbst auf Restitution antragen. Zur Begründung dieser Sätze beruft man sich gewöhnlich auf eine Stelle des Paulus [3]), deren Beweiskraft aber manches Bedenken entgegensteht. Soviel ist gewiß: auf die Restitution wegen Minderjährigkeit läßt die aufgestellte Regel sich nicht anwenden, wie wir sehen werden im §. 185.

4. Die bloße Gemeinschaft eines Geschäfts begründet keine Befugniß, auf Restitution anzutragen, d. h. wenn unter Mehren, die gemeinschaftlich ein Geschäft mit einem Dritten vorgenommen haben, Einer sich in der Lage befindet, auf Restitution anzutragen, so macht dieser Umstand keineswegs, daß nun auch die Uebrigen Restitution verlangen könnten [4]).

tians Zeit galt sie für Minderjährige nicht mehr, wie wir aus der L. 3. C. si tutor vel curator intervenerit. II, 25. ersehen. Und dies ist nun auch als Justinianisches Recht anzusehen. Vgl. unten §. 187.

1) L. 1. L. 2. D. h. t. (S. ob. §. 178. Note 21.)

2) L. 6. D. eod. L. 18. §. ult. D. d. minorib.

3) L. 7. §. 1. D. d. except. XLIV, 1. (S. ob. §. 161. Note 5.)

4) L. un. C. si in communi eademque causa etc. II, 26.

Digitized by Google

Noch verdient bemerkt zu werden, daß es verstattet ist, das Gesuch um Restitution durch einen Procurator anzubringen; nur bedarf es dazu eines speciellen Auftrages [5]). Daraus nun aber, daß hier ein Bevollmächtigter zulässig ist, folgt: man kann das Gesuch um Restitution auch cediren, d. h. einen Andern damit in der Art beauftragen, daß er zum **Procurator in rem suam** wird, der Erfolg also ihm selbst zu Statten kommt. Ja zu einer solchen Cession kann der Berechtigte gelegentlich sogar rechtlich genöthigt werden. Auf diesen Gegenstand werde ich zurückkommen im §. 185.

II. Gegen wen kann um Restitution nachgesucht werden?

Mehrentheils wird dem zu Restituirenden schon damit geholfen sein, wenn nur der Vorgang, welcher ihm nachtheilig gewesen ist, im Verhältniß zu derjenigen Person als nicht erfolgt behandelt wird, die davon unmittelbaren Vortheil gezogen hat. Dann hat er sein Gesuch gegen diese Person gerade zu richten, oder, wenn sie nicht mehr am Leben ist, gegen deren Erben. In Fällen dieser Art sagt man, es begehre Jemand »**in personam**« restituirt zu werden. — Es kann nun aber auch sein, dem zu Restituirenden ist daran gelegen, daß das Vorgegangene schlechthin und in Beziehung auf Jeden als nicht geschehen betrachtet werde, daß er also, wie man das auszudrücken pflegt, »**in rem**« restituirt werde. Alsdann wird er seinem Gesuche entweder gar keine Beziehung auf eine bestimmte Person geben, oder er wird es gegen denjenigen richten, welcher sich den in Frage stehenden Vorgang zu Nutzen macht [6]).

5) **L. un. C. etiam per procur. II, 49. L. 25. §. 1. L. 26. pr. D. d. minoribus.**

6) a) **L. 7. C. d. in integr. restit. minor. II, 22.** b) **L. 9. pr. D. d. minoribus.** c) **L. 13. §. 1. bis L. 15. D. eod. (L. 13. §. 1.)** »**Interdum autem restitutio in rem datur minori, id est adversus rei ejus possessorem, licet cum eo non sit contractum. Utputa rem a minore emisti, et alii vendidisti; potest desiderare interdum adversus possessorem restitui, ne rem suam perdat, vel re sua careat, et hoc vel cognitione Praetoria, vel rescissa alienatione dato in rem judicio. — —**« Die näheren Bestimmungen dieses Falls siehe im Verlaufe der angeführten Stellen selbst. — Unter »cognitio Praetoria« versteht **Burchardi**, über die Wiedereinsetzung in den vor. Stand. S. 442. folg., eine vom Prätor unmittelbar ertheilte Restitution im Gegensatz gegen das bloße Wie-

Digitized by Google

Noch ist, als etwas Specielles, Folgendes zu bemerken: nach einer Constitution Justinians [7]) sollen Kinder gegen ihre Eltern nicht restituirt werden. In einer spätern Verordnung [8]) hat Justinian indessen erklärt, es sei dies auf den Fall, da Eltern als gewesene Vormünder der Kinder in Anspruch genommen würden, nicht zu beziehen: diese letzte Constitution ist zwar nicht glossirt; da sie indessen eigentlich nur eine declaratorische Verordnung ist, so müssen wir sie doch berücksichtigen. Uebrigens muß man wohl unterscheiden die Restitution gegen die Eltern, und diejenige, welche nur wegen etwas nachgesucht wird, welches die Eltern vorgenommen haben, aber nicht gegen sie selbst, sondern gegen dritte Personen: diese ist in jedem Falle statthaft [9]).

III. Bei wem ist das Restitutionsgesuch anzubringen?

Vor Allem fragt es sich, was für eine Classe von Richtern ist überhaupt und im Allgemeinen zur Ertheilung der In integrum restitutio ermächtigt?

Nach Römischem Rechte ist die Antwort diese: ein bloßer, von den Parteien erwählter Schiedsrichter kann nicht in integrum restituiren. Eben so wenig waren, als noch der ältere Ordo judiciorum bestand, die von den Magistraten gegebenen Judices ermächtigt, Restitutionen zu ertheilen. Man mußte sich an den Magistrat selbst wenden; und nicht einmal alle Magistrate, sondern nur die höhern, hatten die Befugniß, in integrum zu restituiren. Selbst noch im Justinianischen Rechte wird in dieser Beziehung zwischen höhern und niederen Richtern ein Unterschied gemacht [10]).

Heutiges Tages ist jeder Richter, der überhaupt Civilgerichtsbarkeit hat, auch befugt, Restitution zu ertheilen. Und nach Canonischem Rechte [11]) kann selbst der bloße Schiedsrichter

bergeben einer Klage oder Einrede, im Gegensatz also gegen die Verweisung auf ein Rescissorium judicium.

7) L. 2. C. qui et adv. quos etc. II, 42.

8) Nov. 155. c. 1. (nicht glossirt.)

9) Denn siehe L. 2. C. si adv. donat. II, 30. L. 8. §. 6. C. d. bon. quae liberis etc. VI, 61.

10) L. ult. C. ubi et apud quem etc. II, 47. Conf. L. 16. §. 5. D. d. minorib. L. 26. D. ad municipal. etc. L, 1.

11) c. 9. X. d. in integr. restitut. I, 41.

Digitized by Google

in integrum restituiren, wenn das Gesuch um Restitution nur incidenter angebracht wird.

Fragen wir nun aber weiter, bei welchem gerade der mehren in diese Classe gehörigen Richter in jedem einzelnen Falle das Gesuch um Restitution anzubringen sei, so entscheiden darüber die allgemeinen Grundsätze über die Competenz, welche in der Theorie des Prozesses vorgetragen werden. Diese bringen dann insbesondere auch das mit sich, daß derjenige, welcher um Restitution nicht principaliter, sondern incidenter nachsucht, d. h. bei Gelegenheit eines anderweitigen Rechtsstreits, sich an denjenigen Richter zu wenden hat, vor welchem dieser anderweitige Rechtsstreit verhandelt wird.

§. 180.

γ. Ueber die Form des Gesuches.

Es ist nur so eben angedeutet worden, daß das Gesuch um Restitution principaliter, also auf eine selbstständige Weise angebracht werden kann; aber auch incidenter, also nur bei Gelegenheit eines anderweiten Rechtsstreits.

Wird es principaliter angebracht, so nimmt die Anbringung desselben dann wenigstens, wenn es gegen bestimmte Personen gerichtet ist, den Charakter einer Klage an, für die es jedoch keine bestimmte Form und keinen besondern Namen gibt [1]). Heutiges Tages drückt man das auch wohl so aus: das Restitutionsgesuch wird mittelst einer bloßen Imploration angebracht.

Es kann sein, der Zweck geht dahin, eine verlorne Klage wieder zu gewinnen. In einem solchen Fall nennen die Neuern die Verhandlung, wodurch die Klage restituirt wird, Judicium rescindens, wogegen die Verhandlung, welche durch die wiederhergestellte Klage selbst veranlaßt wird, Judicium rescissorium heißt. Diese letztere Benennung ist Römisch; ich werde darauf im §. 182. zurückkommen. Heutiges Tages ist es übrigens in einem solchen Falle gestattet, die verloren gegangene Klage selbst

1) L. 24. §. ult. D. d. minorib. Diese Stelle bezieht sich freilich unmittelbar nur auf die Restitution wegen Minderjährigkeit. Aber es gilt, was sie sagt, von jeder eigentlichen Restitution. Vgl. Burchardi a. a. O. S. 431.

Digitized by Google

sofort anzustellen, und damit das Gesuch um Wiederherstellung derselben zu verbinden [2]).

Wird sie **incidenter** nachgesucht, so kann das Gesuch nach Verschiedenheit der Umstände die Form einer **Exceptio**, oder einer **Replicatio**, oder einer **Duplicatio** annehmen [3]).

§. 181.

δ. Ueber die Zeit, innerhalb deren es angebracht werden muß.

† COD. II, 53. De temporibus in integrum restitutionis tam minorum et aliarum personarum, quae restitui possunt, quam etiam heredum eorum.

Soll das Restitutionsgesuch **principaliter**, soll es namentlich in der Form einer Klage angebracht werden, so findet bei civilen Restitutionen dreißigjährige Verjährung Statt. Was aber die prätorischen Restitutionen betrifft, so waren diese ursprünglich in der Regel auf Einen **Annus utilis** beschränkt; diesem hat indessen Justinian ein **Quadriennium continuum** substituirt [1]). Dieses **Quadriennium** fängt in Bezug auf die Restitution wegen Minderjährigkeit mit dem Eintritte der Großjährigkeit an [2]); daher bei erlangter **Venia aetatis** von dem Augenblicke, wo diese ertheilt worden ist [3]). Liegt der Grund der Restitution in irgend einem Hindernisse, welches dem Verletzten nicht gestattete, sein Recht wahrzunehmen und damit der Verletzung zuvorzukommen, so beginnt der Lauf des **Quadriennium** mit dem Aufhören jenes Hindernisses, z. B. bei einem Abwesenden mit der Rückkehr. Wo die bisherigen Bestimmungen sich nicht anwenden lassen, da muß man rechnen von dem Momente der Verletzung an.

Viele unter den Neueren sind nun aber der Meinung, daß es bei Bestimmung des Anfangspunktes unseres **Quadriennii**,

2) S. Glück, V, S. 413.
3) Ein Beispiel von der Anbringung des Gesuchs mittelst einer Replicatio enthält L. 9. §. 4. D. d. jurejur. XII, 2.
1) In L. ult. C. h. t. (II, 53.) S. oben §. 150. I. B. b. a. 4. (Die Worte »ex differentia locorum etc.« und was ihnen vorhergeht, erhalten ihre Erklärung durch L. 2. C. Th. d. integri restit. II, 16. [Constantinus M.]).
2) cit. L. ult. C. h. t.
3) L. 5. pr. C. eod.

Digitized by Google

außer dem bisher Angedeuteten auch noch darauf ankomme, daß der zu Restituirende von der Verletzung, welche er erlitten, unterrichtet sei; was sie denn so auszudrücken pflegen, es sei das Quadriennium zwar continuum ratione cursus, utile aber ratione initii — Ausdrücke, von deren Bedeutung im folgenden Kapitel die Rede sein wird. Gesetzlichen Grund hat diese Ansicht nicht; in praxi aber ist sie angenommen [4]). Dagegen wird heutiges Tages etwas, was Justinian in der besagten Stelle ausdrücklich verordnet hat, nicht beobachtet. Justinian nämlich will, daß intra quadriennium nicht nur das Gesuch angebracht, sondern auch die ganze Sache abgemacht und beendigt werde; und diese Bestimmung wird heutiges Tages nicht berücksichtigt. (S. ob. §. 155. Note 2.) — So viel in Bezug auf die Anbringung des Gesuchs in Form einer Klage.

Soll nun aber das Gesuch in der Form einer Exceptio, nämlich einer Exceptio im engeren Sinne des Worts, vorgebracht werden; so sind die Meinungen der Neueren darüber getheilt, ob hier dieselben Fristen, wie bei der Klage, in Betracht kommen. Die einen gehen von einem Grundsatze aus, dessen ich schon im §. 161. erwähnt habe. Sie sagen nämlich: wenn ein Recht von der Art ist, daß es sowohl durch eine Klage, als durch eine Exceptio geltend gemacht werden kann, so ist die sich darauf beziehende Exceptio an dieselbe Zeit gebunden, wie die Klage. Und deshalb gelten die Fristen, innerhalb deren auf Restitution geklagt werden muß, auch für den Fall, da mittelst einer Exceptio um Restitution nachgesucht wird. Die ganze Grundlage dieses Raisonnements ist indessen unrichtig; und so halte ich vielmehr die entgegengesetzte Meinung für richtig, daß nämlich die Bitte um Restitution, inwieweit sie in der Gestalt einer Exceptio vorgetragen werden soll, gar keiner Zeitbeschränkung unterworfen ist.

Anders verhält es sich, wenn Jemand per modum replicationis um Restitution nachsuchen will. Hier finden die früher bezeichneten Fristbestimmungen allerdings Anwendung [5]). Denn,

4) S. Glück, V. S. 443.

5) Ausdrücklich wird dies gesagt in L. 9. §. 4. D. d. jurejur. XII, 2.

Digitized by Google

ob Jemand auf Restitution unmittelbar klagt, oder als Kläger in seiner Replik darauf dringt, das ist im Wesentlichen eines und dasselbe. Sucht Jemand per modum duplicationis um Restitution nach, so gilt wiederum dasjenige, was von der Exceptio gesagt worden ist.

§. 182.

c. Folgen des Restitutionsgesuches.

COD. II, 50. In integrum restitutione postulata, ne quid novi fiat.
COD. II, 48. De reputationibus, quae fiunt in judicio in integrum restitutionis.
COD. II, 44. Si saepius in integrum restitutio postuletur.

Vor der Entscheidung soll Alles in seinem bisherigen Zustande verbleiben [1]). Kommt es nun aber zur Entscheidung, so sind zwei Fälle möglich: die Restitution kann gewährt, sie kann aber auch abgeschlagen werden.

Wir wollen zuerst stehen bleiben bei dem Fall der Gewährung. Hier fragt es sich wieder theils nach der Art und Weise der vom Richter zu erlassenden Verfügung, theils nach den materiellen Wirkungen der Restitution.

Die richterliche Verfügung kann

1. in einer bloßen Erklärung bestehen, daß dasjenige, was vorgegangen ist, als nicht vorgegangen betrachtet werden soll, z. B. daß die Antretung einer Erbschaft angesehen werden solle, als nicht erfolgt [2]).

2. Der Richter kann mit einer solchen Erklärung einen Befehl verbinden, durch welchen er einem Anderen ohne Weiteres aufgibt, die Sache, um deren Herausgabe es etwa zu thun ist, zu restituiren [3]).

3. Bisweilen besteht die richterliche Anordnung in der Verleihung einer Klage, und zwar einer solchen, die derjenige, welchem sie verliehen wird, früher noch gar nicht hatte [4]). — Auf diesen Fall werde ich zurückkommen im §. 192.

1) L. un. C. in integr. restit. postul. ne quid novi f. II, 50.
2) L. 21. §. 5. D. quod met. c. gest. er. IV, 2.
3) L. 24. §. 4. D. d. minorib.
4) L. 43. D. ex quib. caus. major. IV, 6.

Digitized by Google

4. Sehr häufig ist der Inhalt der richterlichen Anordnung dieser: Wiederverleihung einer verloren gegangenen Klage, oder Gestattung der verloren gegangenen Befugniß zur Einwendung eines Rechtsmittels im engeren Sinne des Worts [5]).

Uebrigens sind die Klagen in den unter Nr. 3. und 4. bezeichneten Fällen jederzeit utiles actiones [6]). Und ferner: ist die Klage eine neue, so nennen die Neueren sie Institutoria actio. Ist sie eine verlorengegangene, wiedererlangte, so wird sie rescissoria, desgleichen restitutoria actio genannt, auch wird der Ausdruck restitutorium judicium [7]) gebraucht.

Nach der Erörterung über die Art und Weise der richterlichen Anordnung ist nun in Bezug auf die äußerlichen materiellen Wirkungen der Restitution Folgendes zu bemerken:

Denken wir uns zunächst den Fall, daß das Restitutionsgesuch in rem gerichtet war. Hier wirkt die ertheilte Restitution auf die Verhältnisse Aller ein, für welche der dadurch aufgehobene Vorgang von rechtlicher Bedeutung war.

Nun wollen wir uns aber ferner denken, das Gesuch war in personam gerichtet. Alsdann wirkt die Restitution zunächst nur auf die Verhältnisse des Restituirten und seines Gegners, und zwar in der Art: wie derjenige, welcher die Restitution nachgesucht hat, wieder in den vorigen Rechtszustand versetzt wird, so auch derjenige, gegen welchen er sie erwirkt hat. Also, wie jener wieder erhält, was er verloren, so muß er auch herausgeben, was er etwa gewonnen hat [8]). Folgende Beispiele werden dies erläutern: Setzen wir, es hat Jemand eine Sache verkauft, und wird nun gegen diesen Verkauf in integrum restituirt. Hier erhält er, der Verkäufer, die verkaufte Sache nebst den Früchten, welche der Käufer davon gezogen, zurück, aber

5) L. 7. §. 11. L. 13. §. 1. D. d. minorib. L. 2. §. 1. D. d. cap. minut. IV, 5. L. 1. §. 1. D. ex quib. caus. major.

6) L. 21. §. 6. D. quod met. c. gest. er. cit. L. 43. D. ex quib. caus. major. L. ult. C. eod. II, 54.

7) L. 28. §. §. 5. 6. D. eod. L. 3. §. 1. D. d. eo, per quem fact. er. quo minus quis in judic. sistat. II, 10. L. 46. §. 3. D. d. procuratorib. III, 3.

8) L. 24. §. 4. D. d. minorib. ». . . . . Restitutio autem ita facienda est, ut unusquisque integrum jus suum recipiat . . . . .« L. un. pr. C. d. reputationib. etc. II, 48.: »Qui restituitur in integrum, sicut in damno morari non debet, ita nec in lucro . . . . .«

Digitized by Google

dagegen muß er nun auch dem Käufer den erhaltenen Kaufpreis und zwar mit Zinsen zurückerstatten [9]). — Ferner: zwei Erben haben in Hinsicht ihrer gegenseitigen Ansprüche an einander einen Vergleich geschlossen, und Einer von beiden wirkt gegen diesen Vergleich Restitution aus. Hier erhält nicht nur er selbst die aufgegebenen Ansprüche wieder, sondern eben dieses ist der Fall auch mit den Ansprüchen des Gegners [10]). — Endlich: es wird Einer restituirt gegen die Antretung einer Erbschaft. Dadurch nun wird er frei von allen Lasten, denen die Antretung der Erbschaft ihn unterworfen hatte, aber auf der andern Seite muß er auch alle Vortheile herausgeben, die er durch die Erbschaft gezogen [11]).

Was die Wirkung der Restitution für dritte Personen betrifft, so kommt

1. der Vortheil der Restitution außer dem Restituirten selbst auch dessen Bürgen zu Statten.

2. Derjenige, gegen welchen die Restitution erwirkt ist, erhält die Rechte gegen Dritte, die ihm etwa verloren gegangen waren, wieder. Denken wir uns, A. ist Schuldner des B.; C. expromittirt für den A., d. h. er übernimmt die Schuld des A. gegen den B. in der Art, daß A. dadurch aufhört, des B. Schuldner zu sein. Hinterdrein läßt C. sich gegen diese Expromission in integrum restituiren. Hier bekommt B. seine Forderung an den A. wieder [12]).

Außerdem ist es Regel: Dritten schadet und nützt die Restitution nichts. Es gilt dies namentlich auch von solchen dritten Personen, welche mit einer der Hauptpersonen in Gemeinschaft stehen [13]). Nur unter ganz besondern Umständen kann es geschehen, daß die Restitution, welche Einer von den Genossen

9) cit. L. 24. §. 4. D. d. minorib.

10) L. 1. C. si adv. transact. II, 32.

11) L. un. §. 2. C. d. reputationib. etc. II, 48.

12) L. un. §. 2. C. eod. Vergl. L. ult. D. d. minorib. L. 39. pr. D. d. evictionib. XXI, 2. Zur Erklärung dieser letzten Stelle ist Folgendes zu bemerken: die Restitution durch eine Cognitio Praetoria war wohl keine eigentliche Eviction. Daher mußte dem Sejus die Klage aus der Duplae stipulatio in der Gestalt einer utilis actio eigens wieder gegeben werden. Vgl. auch L. 15. D. d. minorib.

13) L. un. C. si in communi eademque causa in integr. restit. postul. II, 26. L. 2. C. si unus ex plurib. appellav. VII, 68.

Digitized by Google

auswirkt, Einfluß hat auch auf die Verhältnisse der Uebrigen; so im folgenden Falle: Mehre haben ein gemeinschaftliches Grundstück verkauft; Einer von ihnen wird restituirt; der Käufer soll also den Antheil diesem Einen herausgeben. Aber er erklärt, wenn er einen Theil herausgeben müsse; so habe das Uebrige keinen Werth mehr für ihn [14]).

Modificationen des hier über die materiellen Wirkungen der **In integrum restitutio** Vorgetragenen, welche bei der Restitution wegen Minderjährigkeit eintreten, werden wir in der Folge kennen lernen. Zum Beschluß habe ich nur noch dieses zu bemerken: Gezwungen ist derjenige, welcher Restitution impetrirt hat, nicht, von der Restitution Gebrauch zu machen [15]).

Alles Bisherige bezog sich auf den Fall, da die erbetene Restitution von dem Richter gewährt wird. Es ist nun aber auch möglich, daß dieselbe abgeschlagen wird. In dieser Beziehung ist als etwas Besonderes nur dieses zu bemerken: es steht demjenigen, welchem die Restitution versagt worden ist, frei, gegen den richterlichen Ausspruch ein Rechtsmittel zu ergreifen, z. B. Appellation einzuwenden. Unterläßt er dies aber, so ist ein wiederholtes Gesuch um Restitution unzulässig [16]); außer inwieweit es durch neue, früher noch nicht vorgebrachte Gründe unterstützt werden kann [17]).

B. Einzelne Arten der In integrum restitutio. (§. §. 183-193.)

§. 183.

a. S. g. civile Restitutionen.

Wie ich den Ausdruck civilrechtliche Restitution nehme, darüber habe ich mich bereits im §. 177. erklärt. In dem dort bezeichneten Sinne nun gehört hieher

1. diejenige Restitution, welche man unter Bezugnahme auf die Pandektenstelle, in welcher sie begründet ist, zu benen-

14) L. 47. §. 1. D. d. minorib.
15) L. 41. D. eod.
16) L. 1. C. si saepius in integr. restit. postul. II, 44.
17) L. 2. L. 3. C. eod.

Digitized by Google

nen pflegt die »Restitutio ex L. 33. D. de re judicata.« (XLII, 1.). Sie findet Statt gegen ein rechtskräftiges Erkenntniß, welches auf den Grund falscher Zeugnisse gesprochen ist, und schreibt sich her aus einem Rescript des Kaisers Hadrianus, dessen eigene Worte in der angeführten Stelle mitgetheilt worden.

Analoger Weise wird nun aber auch dann Restitution ertheilt, wenn das Urtheil sich auf falsche Urkunden gründet [1]). Mehre Neuere zwar sind der Meinung, daß ein auf falsche Urkunden gesprochenes Urtheil an sich selbst nichtig sei, und daß es daher keiner Restitution dagegen bedürfe. Diese Ansicht ist aber unrichtig. Sie beruht nur darauf, daß in dem Note 1. angeführten Titel des Codex von der Anfechtbarkeit eines solchen Urtheils die Rede ist, ohne daß gerade der Ausdruck »In integrum restitutio« gebraucht wird.

2. Sodann gehört hierher die Restitution, welche gleichfalls nach der Stelle, welche sich auf sie bezieht, bezeichnet wird als »Restitutio ex L. 31. D. de jurejurando« (XII, 2.). Sie wird in dem Falle gegeben, wenn ein Urtheil auf den Grund eines vom Richter auferlegten Haupteides, also auf den Grund eines Jusjurandum necessarium gesprochen ist, und der dadurch Beeinträchtigte nun durch neue, erst später aufgefundene Beweismittel darzuthun im Stande ist, daß ihm Unrecht geschehen sei. — Beides muß concurriren, Eid und neue Beweismittel, wenn die civilrechtliche Restitution, von welcher hier die Rede ist, zulässig sein soll. Fehlt es an dem Eide, es ist sonst aber eine andere justa causa vorhanden, welche nach dem Edicte des Prätors Anspruch auf Restitution gibt, dann wird der Betheiligte, welcher neue Beweismittel aufgefunden hat, jene justa causa geltend machen und um eine s. g. prätorische Restitution nachsuchen können. So z. B. wird er, wenn er zur Zeit des gesprochenen Erkenntnisses minderjährig war, wegen seiner Minderjährigkeit um Restitution bitten können, und auf diesem Wege dazu gelangen, die neuen Beweismittel geltend zu machen. Aber wer gar nichts weiter, als nur die Auffin-

1) Tit. Cod. VII, 58. Si ex falsis instrumentis vel testimoniis judicatum sit.

Digitized by Google

dung neuer Beweismittel für sich anführen kann, der wird gegen das einmal vorhandene rechtskräftige Erkenntniß in der Regel nicht restituirt [2]). Nur bei einem »Negotium publicum« soll »ex causa« eine Ausnahme Statt finden [3]). So verhält es sich nach Römischem Rechte. Heutiges Tages pflegt man schon das bloße Vorbringen neuer Beweismittel für sich allein als eine **justa causa restitutionis** zu behandeln; sobald nur derjenige, welcher um Restitution nachsucht, bereit ist, zu schwören, entweder, daß er die neuen Beweismittel erst jetzt entdeckt habe, oder, daß er sie bisher für unbedeutend gehalten habe [4]).

3. Viele nehmen eine civile Restitution an in folgendem Falle: Ein großjähriger **Suus heres** abstinirt d. h. erklärt, der ihm zugefallenen Erbschaft sich enthalten zu wollen. Später ändert er seine Meinung, indem er jetzt die Erbschaft anzunehmen wünscht. Ist nun da aus dem Nachlaß selbst noch nichts veräußert, so soll der **Suus** innerhalb dreier Jahre verlangen können gegen die frühere Entsagung **in integrum** restituirt zu werden. Man beruft sich dabei auf **L. ult. C. d. repudianda vel abstinenda hereditate. VI, 31.** Allein mit Unrecht; vielmehr ist diese Stelle so zu verstehen:

Ist von der Verlassenschaft noch nichts veräußert, so kann der **Suus, mutato consilio**, sich ohne Weiteres in die Erbschaft immisciren, ohne Weiteres sich als Erbe geriren; es bedarf keiner **In integrum restitutio**. Nur eine gewisse Frist ist bestimmt, nach deren Ablauf der **Suus** zur Erbschaft nicht mehr zurückkehren kann. Diese Frist ist eine dreijährige. Sie wird aber, nach Verschiedenheit der Umstände, verschieden berechnet. Ist derjenige, welcher abstinirt, noch keine neunundzwanzig Jahre alt, so fängt man die Berechnung an mit dem vollendeten neunundzwanzigsten Jahre, bei demjenigen aber, welcher zu der Zeit, da er abstinirt, schon ein Alter von neunundzwanzig Jahren und darüber erreicht hat,

2) **L. 4. C. d. re jud. VII, 52.**
3) **L. 35. D. d. re jud. XLII, 1.**
4) Man leitet diese Restitution her theils aus dem Canonischen Rechte, theils aus den Reichsgesetzen: das Nähere siehe bei Linde, Civilproz. §. §. 424. 425.

Digitized by Google

wird von dem Augenblicke an gerechnet, wo die Entsagung erfolgt [5]).

b. Prätorische Restitutionen.

a. Wegen Minderjährigkeit.

† DIG. IV, 4. De minoribus XXV annis. — COD. II, 22. De in integrum restitutione minorum XXV annis. II, 23. bis II, 46. *)

§. 184.

a. Bedingungen in der Person des Minderjährigen.

COD. II, 23. De filiofamilias minore. II, 43. Si minor majorem se dixerit, vel major probatus fuerit. II, 45. De his, qui veniam aetatis impetraverunt. II, 46. Si major factus ratum habuerit.

Wenn hier von Minderjährigkeit die Rede ist, so ist dabei an Minderjährigkeit im juristischen Sinne zu denken [1]). Also: wer veniam aetatis impetrirt hat, kann, obschon den Jahren nach minderjährig, diese factische Minderjährigkeit dennoch nicht geltend machen [2]). Wo aber juristische Minderjährigkeit vorhanden ist, da kommt es nun weiter auf Mündigkeit oder Unmündigkeit nicht an; und eben so wenig darauf, ob Einer sui juris ist, oder Filiusfamilias [3]).

Ferner: daß Jemand, um auf den Grund der Minderjährigkeit Restitution zu erlangen, minderjährig sei zur Zeit des angebrachten Gesuchs, ist nicht erforderlich; nur zur Zeit der erfolgten Verletzung darf er nicht großjährig gewesen sein. Wenn ich mich daher in diesem und den nachfolgenden Paragraphen schlechthin und ohne nähere Bestimmung des Ausdrucks „der Minderjährige“ bediene, so ist diese Bezeichnung immer auf die Zeit des verletzenden Vorganges zu beziehen.

5) Siehe G. L. Böhmer, Electa juris civilis. I. Exerc. 4. §. 17.

*) Ungeachtet der zum Theil sehr allgemein gefaßten Ueberschriften dieser Titel ist doch ihre nächste Beziehung durchgängig die auf Restitution wegen Minderjährigkeit.

1) L. 1. §. 1. D. h. t. ›Praetor edicit: Quod cum minore, quam viginti quinque annorum natu gestum esse dicetur, uti quaeque res erit, animadvertam.‹

2) L. 1. C. d. his qui veniam aetat. II, 45.

3) L. 3. §. 4. D. h. t. Tit. Cod. d. filiofam. minore. II, 23.

Digitized by Google

Uebrigens genügt es, wenn der zu Restituirende zur Zeit des für ihn nachtheiligen Vorganges, auch nur erst in utero matris zu existiren angefangen hat [4]). Und, wie hiernach der Zeitraum, auf den es ankommt, so früh, als nur irgend möglich, beginnt, so geht er auf der andern Seite auch nicht eher zu Ende, als mit dem letzten Augenblicke der Minderjährigkeit [5]). Für den Fall, da irgend ein Vorgang schon während der Minderjährigkeit seinen Anfang genommen, seine Vollendung aber erst nach erlangter Großjährigkeit erhalten hat, kommt bei Entscheidung der Frage, ob gegen einen solchen Vorgang, wegen Minderjährigkeit Restitution gegeben und versagt werden soll, Alles auf die besonderen Umstände an [6]).

Was insbesondere den Fall betrifft, da ein Großjähriger von einem Minderjährigen beerbt wird; so gilt Folgendes:

Ist das Geschäft für den Erblasser nachtheilig gewesen, und es geschieht nun weiter nichts, als daß während der Minderjährigkeit des Erben die nachtheiligen Folgen des Geschäftes wirklich eintreten, so wird keine Restitution gegeben, wohl aber wird Restitution Statt finden, wenn das Geschäft an sich nicht nachtheilig war, während der Minderjährigkeit der Erben aber irgend etwas Neues hinzugekommen ist, wodurch es dies wurde [7]).

Nun muß ich aber noch bemerken: es kann sein, daß der verletzende Vorgang sich ereignet hat während der Minderjährigkeit des Verletzten, und daß doch, wegen gewisser, auf die Person des Verletzten Bezug habender, Umstände die Zulässigkeit der Restitution ausgeschlossen ist. Dahin gehört

1. der Fall, da der Minderjährige sich betrüglicher Weise für einen Großjährigen ausgegeben hat [8]).

2. Keine Restitution findet Statt, wenn der Minderjährige zu einer Zeit, wo er bereits pubes war, sich zur Aufrechthaltung des eingegangenen Geschäfts eidlich anheischig gemacht hat [9]).

4) L. 45. pr. D. h. t.

5) L. 3. §. 3. D. h. t.

6) Vgl. in dieser Beziehung L. 3. §. §. 1. 2. D. h. t. L. 1. C. si adversus rem jud. II, 27.

7) L. 38. pr. D. h. t. Vergl. über diese Stelle auch Burchardi a. a. O, S. 94. Note 11.

8) L. 2. L. 3. C. si minor majorem se dixerit etc. II, 43. L. 7. C. h. t.

9) L. 1. C. si adv. vendition. etc. II, 28. Auth. Sacramenta

Digitized by Google

3. Die Restitution fällt weg, wenn derjenige, welcher als Minderjähriger ein Geschäft vorgenommen, dieses späterhin, zu einer Zeit, wo er bereits großjährig war, genehmigt hat [10]).

4. Man pflegt anzunehmen, daß die Restitution auch dann wegfalle, wenn ein Minderjähriger als Meister in einer gewissen Kunst oder in einem gewissen Gewerbe gehandelt hat, vorausgesetzt, daß er zu dieser Kunst oder zu diesem Gewerbe öffentlich auctorisirt ist. Es giebt dafür kein ausdrückliches Gesetz. Aber es liegt in der Natur der Sache: die Restitution würde der öffentlichen Auctorisation widerstreiten: so Kaufleute in Handelsgeschäften u. s. w. [11]).

§. 185.

b. Beziehung der dem Minderjährigen zustehenden Restitution auf dritte Personen.

COD. II, 24. De fidejussoribus minorum.

Die erste Frage ist diese: denken wir uns, der Minderjährige steht unter väterlicher Gewalt, und er hat ein Geschäft vorgenommen, woraus auch der Parens in Anspruch genommen werden kann, z. B. wegen des Peculiums, welches er dem Minderjährigen anvertraut hat. Es fragt sich: kommt hier die Befugniß des Minderjährigen, auf Restitution anzutragen, auch dem Parens zu Statten? Die Römischen Juristen waren darüber nicht Einer Meinung. Gajus muß geglaubt haben, daß die dem Sohne mögliche Restitution allerdings auch dem Vater zu Statten komme [1]). Ganz entgegengesetzter Meinung aber ist Ulpianus [2]). Er geht davon aus, daß der Prätor die Restitution wegen Minderjährigkeit eingeführt habe zum Besten der Minderjährigen selbst, nicht aber um durch diese andern, großjährigen Personen zu Hülfe zu kommen. Ein minderjähriger Fi-

puberum. C. eod. (S. ob. §. 116. Note 1.)

10) L. 3. §. 1. D. h. t. Tit. Cod. si major factus ratum habuerit. II, 46.

11) Glück, V. S. 546. folg.

1) Dies ergibt sich aus L. 27. pr. D. h. t. (Gajus) »Patri pro filio omnimodo praestanda restitutio est, licet filius restitui nolit, quia patris periculum agitur, qui de peculio tenetur.«

2) Der sich über die vorliegende Frage ausführlich verbreitet in L. 3. §. 4. D. h. t.

Digitized by Google

liusfamilias kann daher nur in soweit restituirt werden, als sein eignes Interesse es mit sich bringt. Wird demnach wegen einer von dem Sohne contrahirten Verpflichtung gegen den Vater geklagt, so fällt die Restitution weg. Dagegen wird der Sohn selbst in Anspruch genommen, so mag er auf Restitution antragen; jedoch, ohne daß die von ihm erlangte Restitution dem Vater zu Statten kommt. Diese Ansicht Ulpian's haben wir für das Justinianische Recht als die geltende zu betrachten.

Zweitens, fragt es sich, inwieweit kommt die Minderjährigkeit des Hauptschuldners denen zu Statten, welche für ihn gutgesagt haben? Hier nun scheint so viel ausgemacht, daß diejenigen selbst, welche gutgesagt haben, auf Restitution nicht antragen können. Es fragt sich nur: wenn der Hauptschuldner bereits Restitution erhalten hat, kommt alsdann diese Restitution den Intercedenten ebenfalls zu Statten, können sie sich, wenn sie von dem Gläubiger belangt werden, darauf berufen, daß der Hauptschuldner in integrum restituirt worden sei? Man sollte denken: inwieweit die Intercedenten, wenn sie Zahlung leisten, gegen den Minderjährigen ihren Regreß nehmen können, insoweit müßte ihnen die Restitution auf allen Fall zu Statten kommen, da sie sonst dem Minderjährigen selbst nichts helfen würde. Allein dieser Grund hält nicht Stich: denn der Minderjährige kann sich auch gegen die Intercession in integrum restituiren lassen, und dadurch jenen Regreß von sich abwenden. Also die Natur der Sache bringt es keinesweges mit sich, daß diejenigen, welche gutgesagt haben, sich auf die von dem Minderjährigen impetrirte Restitution müßten berufen können. Ziehen wir nun aber die einzelnen Stellen zu Rathe, welche diesen Gegenstand betreffen, so finden wir Stellen, in denen geradezu gesagt wird: den Fidejussoren kommt die Restitution nicht zu Statten [3]). Dagegen scheint man nach einer andern Stelle [4]) sagen zu müssen, die Restitution kommt den Fidejussoren allerdings zu gute. Dieser Widerstreit erklärt sich indessen aus der Hauptstelle für diese ganze Materie, einer Stelle Ulpian's [5]).

3) L. 1. L. 2. C. d. fidejussorib. minor. II, 24.

4) L. 51. pr. D. d. procuratorib. III, 3.

5) L. 13. pr. D. h. t.

Digitized by Google

Aus ihr sehen wir, es fehlt hier an einem allgemeinen durchgreifenden Princip. Die Obrigkeit hat in jedem einzelnen Falle zu erwägen, was, nach den vorliegenden, besondern Umständen die Billigkeit erfordere; ob sie dafür spreche, oder dagegen, daß die dem Minderjährigen bewilligte Restitution auch denjenigen zu Statten komme, die für ihn gutgesagt haben. Diese Ansicht wendet Ulpianus in unserer Stelle zunächst auf Fidejussoren an, mit folgender Bemerkung: wenn ich mit einem Minderjährigen contrahirt habe, wissend, daß er ein Minderjähriger sei, und wenn ich eben deshalb einen Fidejussor verlangt habe, so ist es gegen die Billigkeit, diesem zu meinem Schaden Hülfe zu gewähren. Ferner macht nun aber Ulpianus die Anwendung auch auf Mandatoren. Unter einem Mandator ist hier derjenige zu verstehen, der Jemanden den Auftrag gegeben hat, auf seine Gefahr mit dem Minderjährigen zu contrahiren. Und daß einem Solchen die von Minderjährigen erwirkte Restitution nicht zu Statten komme, findet Ulpianus um deswillen unbedenklich, weil der Mandator nicht bloß gutgesagt, sondern das Geschäft mit dem Minderjährigen sogar veranlaßt hat. Uebrigens ist in Betreff der Fidejussoren gerade noch folgender Umstand zu erwägen: der Fidejussor kann möglicher Weise den Minderjährigen beerben; damit erlischt, der Regel nach, die fidejussoria obligatio. Der Fidejussor wird nunmehr selbst, Hauptschuldner, indem er, als Erbe, den Verstorbenen repräsentirt, und da mag er denn, in dieser Qualität, unbedenklich um Restitution nachsuchen [6]).

Drittens verdient der Fall noch Berücksichtigung, wo ein Minderjähriger für einen Großjährigen Geschäfte geführt, und bei dieser Gelegenheit mit dritten Personen verhandelt hat. Hier kann allerdings der Minderjährige selbst, insofern sein Interesse es erfordert, gegen jene dritte Person Restitution erhalten, nicht aber derjenige, für den er gehandelt hat [7]). Ist der Minderjährige ohne Auftrag, als Negotiorum gestor aufgetreten, so kann

6) L. 95. §. 3. D. d. solut. XLVI, 3. von den Worten »nam si minori« an.

7) L. 3. §. ult. L. 4. L. 23. D. h. t.

der Dominus verlangen, daß der Minderjährige seine Befugniß auf Restitution zu dringen an ihn cedire [8]).

Viertens. Wie in dem zuletzt angedeuteten Fall, so kann auch noch in andern Verhältnissen der Minderjährige zur Cession seines Beneficii angehalten und dadurch bewirkt werden, daß dieses einem Dritten zu Statten komme [9]).

§. 186.

c. Eigenthümliche Bestimmungen über die Zeit der nachzusuchenden Restitution.

Der Minderjährige selbst kann während der ganzen Dauer der Minderjährigkeit, und noch vier Jahre nachher um Restitution nachsuchen [1]).

Wie aber verhält es sich bei dem Erben des Minderjährigen? Stirbt der Minderjährige während der Minderjährigkeit, so hat der Erbe vier Jahre Zeit, die ihm, Falls er selbst noch minderjährig ist, erst von seiner eignen Großjährigkeit an gerechnet werden, außerdem aber mit dem Augenblick zu laufen anfangen, in welchem der Erwerb der Erbschaft erfolgt. — Stirbt der Minderjährige, nachdem er bereits großjährig geworden ist, so kommt dem Erben die Zeit zu Statten, die der Verstorbene selbst noch übrig hatte; dabei wird dann aber wieder in derselben Art gerechnet, wie vorhin, also bei dem minderjährigen Erben erst von dessen eigner Großjährigkeit an [2]).

Zum Beschluß muß ich noch einen besonderen Fall erwähnen, in welchem der Minderjährige, statt einer Frist von vier Jahren, eine siebenjährige Frist hat. Nämlich: denken wir uns einen minderjährigen Suus, welcher abstinirt. Denken wir uns ferner, nachdem er abstinirt hat, werden von demjenigen, dem

8) L. 24. pr. D. h. t.

9) L. 25. D. d. administrat. et peric. tutor. XXVI, 7. L. 20. §. 1. D. d tutelae et rationib. distrah. XXVII, 3. Beide Stellen beziehen sich auf den Fall, da die Curatoren des Minderjährigen Schuld daran sind, daß die früheren Tutoren dem Minderjährigen in weniger condemnirt sind, als hätte geschehen sollen, und nun sie selbst in den Ausfall verurtheilt werden. Hier können sie Abtretung der Klage auf Restitution fordern.

1) L. 5. §. 1. C. h. t. Vergl. §. 181. eb. Anm. 2. u. 3.

2) L. 19. D h. t. L. 5. §. §. 1. 2. 3. C. d. temporib. in integr. restit. II, 53.

Digitized by Google

nun die Erbschaft zu Gute kommt, Sachen aus der Masse veräußert; und zwar geschieht dieß noch während der Minderjährigkeit des Suus. Seitdem ändert dieser seine Ansicht; es gereuet ihn, abstinirt zu haben — jetzt will er sich als Erbe geriren. Käme ihm nicht seine Minderjährigkeit zu Statten, so könnte er wegen der Veräußerungen, welche vorgenommen worden, gar nicht zum Zwecke gelangen; die Minderjährigkeit macht es möglich, aber nur auf dem Wege der Restitution. Und um diese kann er denn nun noch bis zum vollendeten zweiunddreißigsten Jahre nachsuchen [3]).

§. 187.

d. Anderweitige Eigenthümlichkeiten.

† COD. II, 25. Si tutor vel curator intervenerit.

1. Restitution wegen Minderjährigkeit wird, im Ganzen genommen, viel leichter gewährt, als wegen anderer Ursachen. Einerseits findet sie auch da Statt, wo ein Geschäft an und für sich ganz und gar nicht als nachtheilig angesehen werden kann, sondern hinterdrein erst, in seinen Folgen, durch des Minderjährigen eigenen Leichtsinn, für diesen nachtheilig geworden ist. Wie z. B. wenn der Minderjährige Gelder, die er empfangen, durch Sorglosigkeit verloren, oder verschwenderischer Weise durchgebracht hat [1]). Am unbedenklichsten wird aber der Minderjährige da auf Restitution rechnen können, wo er irgend etwas von seinem Vermögen unentgeltlich weggegeben hat. Nur wo Gebrauch und Anstand etwas dieser Art mit sich bringen, da wird freilich auch der Minderjährige nur dann restituirt, wenn das Maaß überschritten ist. So wenn eine Minderjährige ihrem Manne eine Dos constituirt, oder ein Minderjähriger seiner Braut ein Geschenk macht [2]).

3) L. ult. C. d. repud. v. abstin. heredit. VI, 31. Vergl. §. 183. Nr. 3. und §. 150. I. B. b. β. 4.

1) L. 3. §. 8. L. 7. §. 2. L. 27. §. 1. D. h. t. L. 44. D. eod. »Non omnia, quae minores annis XXV gerunt, irrita sunt, sed ea tantum, quae causa cognita ejusmodi deprehensa sunt, ut ab aliis circumventi, vel sua facilitate decepti, aut quod habuerunt, amiserint, aut quod acquirere emolumentum potuerunt, omiserint, aut se oneri, quod non suscipere licuit, obligaverint.«

2) L. 9. §. 1. D. h. t. L. un. C. si adv. dotem. II, 34. L. 1. C. si adv. donat. II, 30.

Digitized by Google

2. Gegen gewisse Vorgänge, die an und für sich und im Allgemeinen Restitution zulassen, wird wegen Minderjährigkeit keine Restitution gegeben. Dahin gehört, daß ein minderjähriger Filiusfamilias gegen die Aufnahme eines Gelddarlehns, welches er auf des Vaters Befehl contrahirt hat, nicht restituirt wird [3]). Ferner: denken wir uns, der Vater hat Namens seines, noch in den Jahren der Infantia stehenden, Kindes eine Erbschaft angetreten; das Kind ist dagegen später restituirt und hat demgemäß die Erbschaft ausgeschlagen: gegen diese Ausschlagung der Erbschaft, kann es, wegen Minderjährigkeit, nicht abermals um Restitution nachsuchen. Und eben so: hat der Vater die Erbschaft ausgeschlagen, und das Kind hat, nachdem es dagegen restituirt worden, seiner Seits angetreten, so kann es wider diese Antretung nicht abermahls wegen Minderjährigkeit Restitution erhalten [4]). Diese Fälle gehören in der That hierher. Ohne Grund aber ist es, wenn Manche behaupten, der Minderjährige werde auch gegen die Empfangnahme einer Zahlung, die ihm in Gemäßheit eines richterlichen Decretes geleistet worden, nicht restituirt. Die Stelle, welche dafür angeführt wird [5]), beweis't dies nicht. Eben so unrichtig ist es, wenn man aus einer andern Stelle [6]) den Satz ableiten will, ein Minderjähriger, der auf die Inofficiosi querela Verzicht geleistet habe, könne gegen die Verzichtleistung nicht restituirt werden.

3. Im §. 178. haben wir gesehen, daß Restitution überhaupt nur dann gewährt wird, wenn es an anderen eben so wirksamen Rechtsmitteln fehlt. Dieser Grundsatz ward in früherer Zeit auch auf die Restitution wegen Minderjährigkeit angewandt [7]). Man gestattete nur einzelne Ausnahmen [8]). Später scheint aber der Grundsatz in Bezug auf Minderjährige ganz und

3) L. 3. §. 4. D. h. t. in den Worten »Si igitur filius« bis »non adjuvatur.« L. 2. C. d. filiosam. minore. II, 23.

4) L. 8. §. 6. C. d. bon. quae liber. VI, 61.

5) L. 25. C. d. administrat. tutor. V, 37.

6) L. 1. C. h. t.

7) Dies ergibt L. 16. pr. D. h. t. (S. oben §. 178. Anm. 29.)

8) L. 16. §. 2. D. h. t. L. 39. §. 1. D. eod.

Digitized by Google

gar aufgegeben zu sein. Soviel wenigstens ist gewiß: nach Justinianischem Rechte ist es dem Minderjährigen gestattet, sich gegen Geschäfte, welche sein Vormund geführt hat, in integrum restituiren zu lassen, ungeachtet der persönlichen Klage auf Schadensersatz gegen den Vormund selbst [9]).

4. Im §. 182. war die Rede davon, daß wer restituirt wird, dasjenige, was er seiner Seits etwa empfangen hat, herausgeben muß. Dies leidet bei der Restitution wegen Minderjährigkeit folgende Modification. Der Minderjährige braucht das Empfangene nur insoweit herauszugeben, als er es vermag, ohne ärmer zu werden, als er sein würde, wenn der Vorgang, gegen welchen er restituirt wird, sich überall nicht ereignet hätte [10]).

§. 188.

e. Analoge Anwendung dieser Restitution auf Städte, Kirchen u. s. w.

Nach mehren Constitutionen des Codex sollen **Respublicae** nach dem Beispiele der Minderjährigen restituirt werden [1]).

Dasselbe gilt nach Canonischem Rechte von **Kirchen** und **Klöstern** [2]).

Das **Quadriennium** wird hier gerechnet **a tempore laesionis** [3]). Auf gleiche Weise muß man auch bei **Respublicae** rechnen.

In der Praxis pflegt man nun aber noch weiter zu gehen, und hinsichtlich der Restitution den Minderjährigen gleichzustellen, alle Großjährige, welche unter Curatel stehen; ferner alle erlaubte Gemeinheiten und Corporationen; endlich den Fiscus [4]).

9) **L. 3. §. ult. C. h. t.** Eine Ausnahme hiervon, die jedoch für uns unpraktisch ist, enthält **L. 13. §. ult. C. d. judic. III, 1.** Siehe **Glück, V. S. 537. Note 63.**

10) **L. 7. §. 5. L. 27. §. 1. D. h. t.** Vgl. **L. 24. §. 4. D. eod.**

1) **L. 1. C. d. offic. ejus, qui vic. alicuj. jud. obtin. I, 50. L. 3. C. d. jure reipubl. XI, 29. L. 4. C. ex quib. caus. major. II, 54.**

2) **c. 1. 3. 6. X. d. in integr. restit. I, 41.**

3) **c. 1. in VI. eod. I, 21. Clem. un. eod. I, 11.**

4) **S. Glück, VI. S. 23. folg.**

Digitized by Google

§. 189.

β. Wegen Zwanges.

† DIG. IV, 2. Quod metus causa gestum erit. — COD. II, 20. De his, quae vi metusve causa gesta sunt.

In den hierher gehörigen oben angeführten Titeln ist zwar vornämlich von der aus dem Zwange hervorgehenden eigenthümlichen **Obligatio** die Rede, und den darauf Bezug habenden Rechtsmitteln, namentlich von der **Quod metus causa actio**. Allein der Prätor kommt dem Gezwungenen auch mittelst einer eigentlichen **In integrum restitutio** zu Hülfe. Die eigenen Worte des Edicts über die unerlaubte Anwendung des Zwangs [1]) sind so allgemein gefaßt, daß sie alle wegen des Zwanges zulässigen Rechtsmittel umfassen, mithin auch das Rechtsmittel einer eigentlichen Restitution. Eine solche ertheilt der Prätor demjenigen, der gezwungener Weise eine Erbschaft angetreten oder ausgeschlagen hat. Der Beeinträchtigte hat zwischen den Rechtsmitteln aus der **Obligatio** und der eigentlichen Restitution insofern die Wahl, als es ihm frei steht, jederzeit das zu wählen, was für ihn, nach Lage der Umstände, das Vortheilhafteste ist [2]). Das aber ist natürlicher Weise unzulässig, daß er sich beider Arten von Rechtsmitteln neben einander bediene [3]).

§. 190.

γ. Wegen Irrthums.

In **L. 2. pr. D. d. in integr. rest. IV, 1.** [1]), bezeichnet Paulus den **justus error** als eine **Causa restitutionis**; jedoch ohne alle nähere Bestimmung. Auch findet sich nirgend sonst in unsern Quellen eine einzelne Stelle, oder gar ein ganzer Abschnitt, in welchem das Detail im Zusammenhange vorgetragen

1) Sie sind enthalten in **L. 1. §. 1. D. h. t.** »Ait Praetor: Quod metus causa gestum erit, ratum non habebo.«

2) **L. 9. §. 4. D. h. t.** »Volenti autem datur et in rem actio et in personam, rescissa acceptilatione, vel alia liberatione.« Vgl. **L. 3. C. h. t. L. 21. §. 5. D. eod.** (S. ob. §. 84. Note 4.) und **L. 21. §. 6. D. eod.** »Si coactus hereditatem repudiem, duplici via Praetor mihi succurrit, aut utiles actiones quasi heredi dando, aut actionem quod metus causa praestando, ut quam viam ego elegerim haec mihi pateat.«

3) **L. 9. §. 6. D. h. t.**

1) Die Stelle selbst s. ob. §. 178. Note 24.

Digitized by Google

würde. Es kommen nur zerstreuete, einzelne Angaben vor. Dahin gehört

1. die Anführung einer Stelle des prätorischen Edicts, die insbesondere demjenigen Restitution verheißt, der sich aus Irrthum mit einem unter der Auctorität eines falsus tutor handelnden Pupillen eingelassen hat [2]). Ausführlicher wird dieser Gegenstand in der Lehre von der Vormundschaft besprochen werden.

2. In den Institutionen ist die Rede von einer Restitution zu Gunsten desjenigen, welcher aus einem schwer zu vermeidenden Irrthume bei Anstellung einer Klage zu viel gefordert, und dadurch sich selbst in Schaden versetzt hat [3]).

Außerdem geschieht in unsern Quellen noch einiger anderen Fälle Erwähnung, hinsichtlich deren gesagt wird, man komme demjenigen, welcher durch entschuldbare Unwissenheit, oder durch entschuldbaren Irrthum in Nachtheil versetzt worden sei, zu Hülfe: so in dem Falle, wo Jemand aus einer hinreichend entschuldbaren Unwissenheit die Anstellung des Interdictum quod vi aut clam länger als Jahresfrist unterlassen hat gegen die deshalb ihm entgegenstehende Einrede (annua exceptio) [4]). Vgl. §. §. 618. 619. Ferner den Gläubigern des Erblassers gegen die von ihnen erbetene Separation der Erbmasse von dem Vermögen des Erben. Von ihnen heißt es [5]): »Si tamen temere separationem petierunt creditores defuncti, impetrare veniam possunt, justissima scilicet ignorantiae causa allegata.«

Desgleichen gehört hierher die verstattete Berichtigung einer irrthümlichen Antwort auf eine Interrogatio in jure; wovon im §. 176. die Rede gewesen ist. In allen diesen Fällen wird nun aber nirgends ausdrücklich gesagt, daß die Hülfe, welche dem Irrenden gewährt wird, in einer In integrum restitutio bestehe.

Außer diesen im Römischen Rechte vorkommenden Einzelnheiten muß ich nun aber noch einer die Restitution wegen Irrthums

2) L. 1. §. 1. 6. D. Quod falso tutore auctore gestum esse dicatur. XXVII, 6.
3) §. 33. I. d. actionib. IV, 6.
4) L. 15. §. 5. D. quod vi aut clam. XLIII, 24.
5) In L. 1. §. 17. D. d. separat. XLII, 6.

Digitized by Google

und Unwissenheit betreffenden Frage von sehr umfassender Beziehung erwähnen, die in den Schriften der Neueren häufig ventilirt wird. Nämlich es fragt sich: kann Jemand wegen bloßen Irrthums, wegen bloßer Unwissenheit, begehren, gegen eine rechtmäßig vollendete Verjährung in integrum restituirt zu werden? Z. B. kann derjenige, der durch Verjährung sein Eigenthumsrecht an einer Sache verloren hat, sagen: ich wußte nicht, daß die Sache die meinige wäre; oder, ich wußte nicht, daß der und der sie besäße, darum habe ich nichts gethan, mein Eigenthumsrecht geltend zu machen, und so bitte ich denn nun, mich, jener meiner Unwissenheit halber, in integrum zu restituiren?

Daß gegen eine Verjährung von dreißig oder mehren Jahren überhaupt gar keine Restitution zulässig ist, habe ich schon im §. 178. bemerkt. Unsere Frage läßt sich also nur auf diejenigen Arten der Verjährung beziehen, wozu eine kürzere Frist hinreicht. Und da sind die Meinungen sehr verschieden. Ich stimme indessen denjenigen bei, welche gegen eine rechtmäßig vollendete Verjährung, im Allgemeinen, wegen bloßen Irrthums, wegen bloßer Unwissenheit die Restitution für unstatthaft halten [6]). Die Verjährung würde sonst in der That beinahe ihre ganze Bedeutung verlieren. Denn in den bei weitem meisten Fällen wird sie gerade um deswillen vollendet, weil derjenige, gegen welchen sie gerichtet ist, sich in Irrthum und Unwissenheit befindet.

§. 191.

δ. Wegen Capitis deminutio.

† DIG. IV, 5. De capite minutis.

Nach Römischem Rechte hört die Mehrzahl der obligatorischen Verpflichtungen, in denen Einer steht, durch eine minima capitis deminutio des Verpflichteten der Strenge nach auf, klagbar zu sein. Aber der Prätor restituirt die Gläubiger des Capite minutus gegen diesen Verlust. Er gibt ihnen die verlorne Klage wieder [1]). Und diese In integrum restitutio ist nicht beschränkt

6) Siehe Glück, VI. S. 50. folg. 1) S. L. 2. pr. et §. 1. D. h. t.

Digitized by Google

auf die gewöhnliche Dauer der prätorischen Restitution; für sie tritt die Regel der dreißigjährigen Dauer ein.

Heutigen Tages indessen findet jener Verlust nicht mehr Statt und daher fällt denn auch diese ganze Restitution weg [2]).

§. 192.

c. Wegen Abwesenheit.

† DIG. IV, 6. Ex quibus causis majores XXV annis in integrum restituuntur. — COD. II, 51. De restitutionibus militum et eorum, qui reipublicae causa absunt. II, 52. De uxoribus militum et eorum, qui reipublicae causa absunt. II, 54. Quibus ex causis majores in integrum restituantur.

I. Eigene Abwesenheit.

Die erste Frage ist hier: gegen welcherlei Vorgänge wird Restitution ertheilt?

Im Edicte heißt es: der Abwesende soll restituirt werden, wenn er an seinem bestehenden Vermögen eine Verminderung erfahren, namentlich wenn er durch den Ablauf der Zeit eine ihm zuständige Klage verloren hat [1]).

Nur auf Ereignisse dieser Art beziehen sich die Worte des Edicts. Seinem Geiste nach, wird es aber angewandt auch da, wo der Abwesende durch seine Abwesenheit an dem Erwerbe einer ihm deferirten Erbschaft gehindert worden ist, oder an der Erfüllung einer Bedingung, woran für ihn der Erwerb irgend

2) Burchardi a. a. O. S. 279. folg. meint, schon der Prätor habe in einem späteren Edicte für die Adoption und Emancipation, Justinian aber für die Arrogation und Legitimation das Bedürfniß dieser Restitution beseitigt.

1) L. 1. §. 1. D. h. t. »Verba autem edicti talia sunt: Si cujus quid de bonis, quum is metu, aut sine dolo malo reipublicae causa abesset, inve vinculis, servitute hostiumve potestate esset, posteave cujus actionis eorum cui dies exisse dicetur; item si quis quid usu suum fecisset, aut quod non utendo amissum sit, consecutus, actioneve qua solutus ab id, quod dies ejus exierit, quum absens non defenderetur, inve vinculis esset, secumve agendi potestatem non faceret, aut quum eum invitum in jus vocare non liceret, neque defenderetur; quumve magistratus de ea re appellatus esset, sive cui per magistratus factum sine dolo malo ipsius actio exemta esse dicetur, earum rerum actionem intra annum, quo primum de ea re experiundi potestas erit; item si qua alia mihi justa causa esse videbitur, in integrum restituam, quod ejus per leges, plebiscita, senatusconsulta, edicta, decreta principum licebit.« Vgl. L. 2. C. d. rest. milit. etc. II, 51.

Digitized by Google

eines Rechts geknüpft war, u. s. w. Denken wir uns z. B., es ist Jemanden unter einer Bedingung ein Legat ausgesetzt, und er wird durch Abwesenheit an der Erfüllung dieser Bedingung gehindert: er kann also das Legat nicht erwerben. Da kommt ihm der Prätor zu Hülfe: er gibt ihm eine Klage auf das Legat, gleich als ob er die Bedingung erfüllt, und damit das Legat wirklich erworben hätte. Wir haben hier den Fall einer **Institutoria actio** [2]). So wird denn also auch hier nicht bloß positiver Verlust, sondern auch *entgangener Gewinn* berücksichtigt [3]).

Als etwas Einzelnes verdient noch dieses angeführt zu werden: hat der Abwesende, während seiner Abwesenheit, durch einen Procurator einen Prozeß geführt, und ist ein rechtskräftiges Erkenntniß erfolgt, so wird der Abwesende zwar nicht gegen das Erkenntniß selbst, wohl aber gegen die etwa versäumte Einwendung eines Rechtsmittels **in integrum restituirt** [4]).

Jetzt fragt es sich *zweitens*: Was wird hier unter *Abwesenheit* verstanden?

Es ist im Edicte nicht von Abwesenheit überhaupt die Rede, sondern nur von gewissen Fällen der Abwesenheit. Dahin gehört erstens der Fall, da Einer aus wohlbegründeter Furcht abwesend ist [5]).

Zweitens der Fall, da Einer **Rei publicae causa** abwesend ist [6]). **Rei publicae causa**, d. h. hier in Angelegenheiten des Staats [7]). Dahin gehört namentlich die Abwesenheit im Kriegsdienste [8]). Und wie die **Rei publicae causa** abwesenden Männer Anspruch auf Restitution haben, so auch ihre sie begleitenden Frauen [9]).

Ein dritter Fall, welchen der Prätor berücksichtigt, ist der, da Jemand in feindlicher Gefangenschaft zurückgehalten wird [10]).

2) L. 41. D. h. t. Vgl. L. 43. L. 17. §. 1. D. eod.
3) L. 27. D. h. t. (Siehe oben §. 178. Note 20.)
4) L. ult. D. IV, 1. (wo statt »contra *rempublicam*« gelesen werden muß: »contra rem *judicatam*«). L. 39. D. h. t.
5) L. 2. §. 1. L. 3. D. h. t.
6) cit. L. 2. C. d. restitut. milit. etc. II, 51. L. 4. L. 5. pr. L. 36. L. 38. §. 1. L. 42. D. h. t.
7) Argum. L. 26. §. ult. D. h. t.
8) L. 45. L. 35. §. ult. D. h. t. L. ult. C. d. restit. milit. etc.
9) Tit. Cod. d. uxorib. milit. etc. II, 52.
10) L. 14. D. h. t.

Digitized by Google

Endlich wird viertens einem Abwesenden gleichgeachtet Einer, der zwar gegenwärtig ist, deshalb aber seine Angelegenheiten nicht wahrnehmen kann, weil er in gefänglicher Haft gehalten wird; es geschehe dies von Rechtswegen, oder mit Unrecht [11]).

Zuletzt verdient noch bemerkt zu werden: es wird selbst dann Restitution gegeben, wenn der nachtheilige Vorgang sich zwar erst nach der Rückkehr des Abwesenden ereignet hat, aber gleich in der ersten Zeit, ehe der Zurückgekehrte so eingerichtet war, daß er für seine Rechtsangelegenheiten hätte gehörig Sorge tragen können [12]).

II. Abwesenheit des Gegners.

Auch hier fragt sich zuerst, gegen welcherlei Vorgänge wird Restitution ertheilt?

Das Edict setzt voraus, daß ein Abwesender durch Usucapion die Sache eines Andern zu der seinigen gemacht hat; oder daß er auf Kosten dieses Andern bloß dadurch etwas erworben hat, daß der Andere von seinem Rechte keinen Gebrauch machen konnte, oder daß der Abwesende durch den Ablauf der Zeit von einer dem Andern gegen ihn zustehenden Klage frei geworden ist. War nun da Niemand vorhanden, an welchen der Andere sich hätte halten, den er statt des Abwesenden hätte in Anspruch nehmen können, so soll der Beeinträchtigte um Restitution nachsuchen dürfen [13]).

Alle hier bezeichneten Fälle kommen darin überein, daß der zu Restituirende durch die ihm verloren gegangene Benutzung der Zeit in Schaden versetzt worden ist. Und daher besteht denn auch die Wirkung der Restitution zunächst allemal darin, daß dem zu Restituirenden die unbenutzt gebliebene Zeit wiedergegeben wird. Ist daher von der Zeit, auf die es im Ganzen ankommt, durch des Gegners Abwesenheit, nur ein Theil verloren gegangen, so wird auch nur eben dieser Theil restituirt [14]).

Nunmehr ist zu untersuchen, wie hier der Begriff der Abwesenheit zu nehmen ist.

11) L. 9. L. 10. D. h. t. L. 2. C. eod. II, 54.
12) L. 15. §. ult. D. h. t.
13) L. 21. pr. et §. §. 2. 3. L. 22. pr. L. 23. §. §. 1. 3. D. h. t.
14) L. 26. §. 7. D. h. t. von den Worten »Sed cum feriae« an. L. 26. §. 8. D. eod.

Digitized by Google

Das Edict bezeichnet nicht bloß gewisse Fälle der Abwesenheit, sondern es spricht ganz allgemein von Abwesenden überhaupt [15]), und stellt diesen überdies auch solche Gegenwärtige gleich, wider welche wegen gefänglicher Haft, oder wegen eines andern in ihrer Person liegenden oder vom Richter verschuldeten Hindernisses die Rechtsverfolgung gehemmt ist [16]). Auch gegen den gegenwärtigen Erben dessen, der abwesend war, kann Restitution verlangt werden, inwiefern er sich die Abwesenheit des Verstorbenen zu Nutze machen will [17]).

Zum Beschluß muß ich noch Folgendes bemerken. In der **L. 2. C. d. annali exceptione Italici contractus tollenda VII, 40.** hat Justinian verordnet: ich soll eine von einem Abwesenden gegen mich begonnene Verjährung durch Anzeige im Gericht oder durch eine an dem Wohnorte des Gegners anzuschlagende Protestation unterbrechen können. In Beziehung auf die Verjährung der Klage ist davon schon im §. 152. die Rede gewesen; jenes Mittel der Unterbrechung ist aber anwendbar auch bei jeder andern Verjährung. Dieser Umstand nun hat einige Neuere zu der Meinung veranlaßt: durch die Einführung dieses neuen Hülfsmittels sei die Restitution gegen Abwesende aufgehoben. Andere leugnen dies aber, und, wie ich glaube, mit Recht. Justinians Absicht bei Einführung des gedachten Verfahrens ging sicherlich nicht dahin, den durch Abwesenheit des Gegners Beeinträchtigten irgend eine Hülfe zu entziehen, sondern vielmehr ihre Hülfsmittel zu erweitern. In dieser Beziehung verläugnet die Restitution den Charakter eines bloß subsidiären Rechtsmittels.

III. Allgemeine Bemerkungen.

1. Bei der Restitution wegen Abwesenheit kommt der Fall, daß Einer in rem restituirt wird, besonders häufig vor [18]).

2. Es kann sein, daß Ein Abwesender gegen den Andern restituirt wird [19]).

3. Bei der Restitution gegen eine vollendete Usucapion gilt

15) L. 21. §. 1. D. h. t.
16) L. 23. pr. D. h. t. L. 22. §. ult. L. 23. §. ult. L. 24. L. 25. L. 26. pr. et §. §. 2—7. D. h. t.
17) L. 30. pr. D. h. t.
18) L. 17. pr. L. 30. §. 1. D. h. t.
19) L. ult. D. h. t.

Digitized by Google

dieſelbe Friſt, vor deren Ablauf das Geſuch um Reſtitution angebracht werden muß, auch hinſichtlich der Anſtellung der durch die Reſtitution wieder zu gewinnenden Eigenthumsklage. Die Anſtellbarkeit dieſer letztern iſt, gleich der Zuläſſigkeit des Reſtitutionsgeſuchs, nach dem Edict auf einen **Annus utilis** beſchränkt [20]; nach der im §. 181. erwähnten Juſtinianiſchen Conſtitution [21] aber auf ein **Quadriennium continuum.**

4. Alle Fälle, in welchen auf den Grund der Abweſenheit in dem Edicte Reſtitution verheißen wird, haben etwas Gemeinſames, nämlich dieſes: nothgedrungene Verſäumniß in der Wahrnehmung von Rechten. Dieſe Bemerkung iſt theils an und für ſich von Intereſſe, theils aber iſt ſie von Wichtigkeit auch für den Gegenſtand, der in dem nächſt folgenden Paragraphen abgehandelt werden ſoll.

§. 193.

c. Aus der allgemeinen Clauſel.

† **DIG. IV, 6. Ex quibus causis majores etc.**

Mit dieſer Reſtitution aus der allgemeinen Clauſel hat es folgende Bewandtniß:

In der, die Reſtitution wegen Abweſenheit betreffenden Stelle des Edicts [1], zählt der Prätor zuerſt jene Fälle der Abweſenheit oder anderweitigen Abhaltung auf, womit wir uns in dem vorigen Paragraphen bekannt gemacht haben; ſodann aber fügt er folgende Worte hinzu: »**Item si qua alia mihi justa causa esse videbitur, in integrum restituam.**«

Dieſe letzte Beſtimmung iſt es, welche man die allgemeine Clauſel, die »**Clausula generalis**«, zu nennen pflegt. Auch die Römer ſagen »**generalis clausula**« [2]. Ueber die eigentliche Bedeutung derſelben iſt man indeſſen nicht Einer Meinung.

Bleiben wir zunächſt ſtehen bei den einzelnen Fällen, die

20) §. 5. I. d. actionib. IV, 6. L. 35. pr. D. d. O. et A. XLIV, 7. L. 3. C. d. restitut. milit. II, 51.

21) L. ult. D. d. temporib. in integr. rest. II, 53.

1) L. 1. §. 1. D. h. t. S. den vor. §. Anm. 1.

2) S. L. 26. §. 1. L. 33. pr. D. h. t.

Digitized by Google

von den Römischen Juristen ausdrücklich unter die allgemeine Clausel subsumirt werden, so sind es:

erstens Fälle der Abwesenheit, welche in dem Edicte nicht besonders erwähnt werden, in welchen jedoch die Billigkeit eben so sehr dafür spricht, den Abwesenden zu restituiren, wie in den vom Prätor eigens namhaft gemachten Fällen. Dahin gehört z. B. die Abwesenheit in den gemeinsamen Angelegenheiten nicht des Staates, sondern einer einzelnen Stadt [3]).

Zweitens wird unter die allgemeine Clausel subsumirt der Fall, da dem Inhaber einer Servitut durch zufällige physische Veränderungen, welche sich mit der belasteten Sache zutragen, oder durch Gewaltthätigkeit, die Ausübung Eines Rechts so lange unmöglich gemacht wird, daß er darüber die Servitut durch Nichtgebrauch verliert [4]).

Dies sind die einzelnen Fälle, welche in unseren Quellen ausdrücklich, als unter die allgemeine Clausel gehörig, bezeichnet werden. Daraus folgt indessen noch keineswegs, daß sie die einzigen sind, worauf die allgemeine Clausel sich bezieht. Sonach kommt es also darauf an, das Princip auszumitteln, wodurch der Umfang der allgemeinen Clausel bestimmt wird. Hierüber gerade sind nun aber die Meinungen der Neueren getheilt.

Nach der gewöhnlichen Ansicht steht die allgemeine Clausel in gar keiner näheren Beziehung zu der Restitution wegen Abwesenheit; sondern die Bedeutung derselben ist eine ganz selbstständige und zwar diese: es soll gegen jeden Vorgang, von welcher Art er immer sein möge, auch ohne Vorhandensein einer im Edict ausdrücklich bezeichneten **justa causa**, Restitution gegeben werden, sobald Jemand durch jenen Vorgang verletzt ist, und irgend die Billigkeit dafür spricht, ihm durch Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu Hülfe zu kommen. Diese Deutung ist indessen entschieden unrichtig. Sie giebt der allgemeinen Clausel einen so weiten und unbestimmten Umfang, daß sie zu

3) L. 26. §. ult. Vgl. L. 28. pr. §. 1. D. h. t.; ferner L. 8. D. eod. L. 1. C. eod. (II, 54.)

4) L. 1. §. 9. D. d. itinere actuque priv. XLIII, 19. Conf. L. 35. D. d. servitutib. praed. rusticor. VIII, 3.

Digitized by Google

ungemessener richterlicher Willkür und zu gänzlicher Unsicherheit aller Rechtsverhältnisse führt. Und überdieß widerstreitet sie der ganzen Fassung der hier in Betracht kommenden Stelle des Edicts; denn diese gestattet keinen Zweifel daran, daß die Restitution aus der allgemeinen Clausel zu der Restitution wegen Abwesenheit in einer besonderen näheren Beziehung steht.

Dies letztere ist auch von mehren Rechtsgelehrten anerkannt worden. Aber allerdings bleibt dabei nun immer noch die Frage übrig nach der Art der Beziehung. Einige haben gemeint, die allgemeine Clausel sei beschränkt auf die im Edicte nicht ausdrücklich bezeichneten Fälle der Abwesenheit. Dem widerspricht indessen schon allein dasjenige, was ich vorhin von dem Verluste einer Servitut durch Nichtgebrauch angeführt habe. Dagegen empfiehlt sich sehr die Ansicht, welche Francke aufgestellt hat [5]).

Diese Ansicht geht im Wesentlichen dahin: die Uebereinstimmung der allgemeinen Clausel mit den Bestimmungen des Edicts wegen Abwesenheit liegt in der Beschaffenheit des Vorganges, gegen welchen Restitution ertheilt werden soll. Es wird vorausgesetzt nothgedrungene Versäumniß in der Wahrnehmung von Rechten. Nur gegen die Folgen einer solchen Versäumniß kann ex clausula generali Restitution gegeben werden, nicht aber gegen irgend einen anderweitigen nachtheiligen Vorgang. Hierin also zeigt sich die Uebereinstimmung. Der Unterschied aber ist dieser: die Beurtheilung der Frage, ob die Statt gefundene Versäumniß eine unverschuldete sei, eine solche, welche durch äußere, nicht wohl zu vermeidende Zufälle herbeigeführt worden, ist nicht an ausdrücklich bestimmte Voraussetzungen gebunden, sondern dem richterlichen Ermessen anheimgestellt.

So viel über das der allgemeinen Clausel zum Grunde liegende Princip.

Uebrigens gehört zu den Fällen, in welchen die allgemeine Clausel besonders häufig zur Sprache kommt, der, da im Prozeß eine Partei durch Versäumnisse in Schaden versetzt ist, die nicht ihr selbst, sondern ihrem Procurator oder Advocaten zur Last fal-

5) Francke, Beiträge zur Erläuter. einzelner Rechtsmaterien. 1te Abthl. S. 73. folg.

Digitized by Google

len. Nach Römischem Rechte läßt sich hier die Zulässigkeit der Restitution wenigstens nicht allgemein behaupten [6]). Mit der Praxis verhält es sich so: früher war man der Meinung, die Partei habe sich zunächst an ihren Procurator oder Advocaten zu halten, und könne nur dann, wenn dieser insolvent sei, auf Restitution Anspruch machen. Nach der neueren Praxis pflegt indessen die Partei in integrum restituirt zu werden, ohne daß man ihr zumuthet, erst ihren Procurator oder Advocaten in Anspruch zu nehmen [7]).

Zum Beschluß der ganzen Lehre von der In integrum restitutio habe ich jetzt noch Folgendes zu bemerken:

Zuerst muß ich mich darüber rechtfertigen, daß ich nicht auch den Betrug, den Dolus im engeren Sinne des Wortes, als eine justa causa restitutionis aufgeführt habe. Es hängt damit so zusammen: wir haben einen Titel in den Pandekten: de dolo malo, IV, 3.; und dieser Titel steht in der Reihe derjenigen, in welchen von der In integrum restitutio gehandelt wird. Aber die Stelle des Edicts, welche sich auf den Dolus bezieht [8]), sagt durchaus nichts von einer eigentlichen In integrum restitutio, sondern sie betrifft nur die aus dem Dolus entspringende eigenthümliche Obligatio und insbesondere die De dolo actio. Aus demjenigen, was in den Quellen über diese Klage vorkommt, ergibt sich, daß eine eigentliche In integrum restitutio wegen Dolus in dem prätorischen Edicte gar nicht verheißen sein kann. Denn die de dolo actio soll nur demjenigen gegeben werden, der sich auf gar keine andere Weise helfen kann, auch nicht durch Integri restitutio [9]). Wäre also der Dolus selbst schon ein Grund für die Integri restitutio, so würde ja

6) Denn siehe L. 10. C. d. procuratorib. II, 13.

7) Siehe Glück, VI. S. 48. folg. und Spangenberg, Commentar zur Hannov. Unterger. Ordn. Th. I. S. 215. folg.

8) L. 1. §. 1. D. d. dolo malo. IV, 3. »Verba autem edicti talia sunt: Quae dolo malo facta esse dicentur, si de his rebus alia actio non erit, et justa causa esse videbitur, de dolo judicium dabo.«

9) L. 1. §. 6. D. d. dolo malo: »Idem Pomponius refert, Labeonem existimare, etiam si quis in integrum restitui possit, non debere ei hanc actionem competere.«

Digitized by Google

die de dolo actio nie gebraucht werden können; es wäre also ganz thöricht gewesen, diese Klage einzuführen.

Zweitens. Einige Neuere rechnen zu den In integrum restitutiones auch dieses: wenn Jemand durch die Intercession einer Frau Klagen gegen dritte Personen verloren hat, so bekommt er, Falls die Frau sich auf das SCtum Vellejanum beruft, diese Klagen wieder. Hierin nun sehen Einige eine eigenthümliche civile Restitution, Andere eine prätorische Restitution aus der allgemeinen Clausel. Ich werde indessen im §. 571. zeigen, daß dieser Fall überhaupt gar nicht in die Lehre von der In integrum restitutio gehört.

IV. Anhang. Von der In possessionem missio.

(§. §. 194. 195.)

† DIG. XLII, 4. Quibus ex causis in possessionem eatur. XLII, 5. De rebus auctoritate judicis possidendis seu vendundis. — COD. VII, 72. De bonis auctoritate judicis possidendis seu venundandis, et de separationibus bonorum.

§. 194.

A. Begriff und Zweck.

I. Begriff.

Unter In possessionem missio verstehen die Römer die, Jemanden von dem Magistratus ertheilte Erlaubniß, die Detention, oder auch wohl den Besitz gewisser Gegenstände zu ergreifen. Wer diese Erlaubniß erhalten hat, wird In possessionem missus genannt.

Aus dem aufgestellten Begriffe ergibt sich, daß die Obrigkeit bei der In possessionem missio dem Missus die Detention oder den Besitz selbst keineswegs verleihet; sondern ihm nur gestattet, sich die Detention oder den Besitz zu verschaffen.

Die Gegenstände, worauf die Missio sich bezieht, können in einzelnen Sachen bestehen; häufig aber auch wird eine Missio ertheilt in Bezug auf eine ganze Vermögensmasse, eine Missio in bona.

Digitized by Google

II. Zweck.

Der Zweck der Missio kann darin bestehen, demjenigen zu seiner Befriedigung zu verhelfen, der von einem Andern in Gemäßheit eines rechtskräftigen Erkenntnisses etwas zu fordern hat [1]). In dieser Beziehung ist die Missio ein Executionsmittel, ähnlich der Abpfändung, der Pignorum capio.

Aber sehr häufig kommt die In possessionem missio vor, ohne daß von der Execution eines rechtskräftigen Erkenntnisses die Rede wäre.

Dahin gehört zuerst eine ganze Reihe von Fällen, in welchen die Römischen Juristen sagen, die Missio werde »rei servandae causa« ertheilt.

Von dieser Art ist die Missio, welche nach Römischem Rechte den Gläubigern wegen Zahlungsunfähigkeit des Schuldners gegeben wird. Diese Immission dient nach Römischem Rechte dazu, das Concursverfahren einzuleiten [2]).

Ferner: setzen wir, die Abwesenheit des Schuldners, oder auch ein anderweitiges, in seiner Person liegendes Hinderniß macht, daß ein Gläubiger gegen ihn unmittelbar sein Recht nicht verfolgen kann; auch fehlt es an einem Stellvertreter, an welchen der Gläubiger sich halten könnte. Unter diesen Umständen wird der Gläubiger begehren können, daß er zu seiner Sicherstellung in die Güter des Schuldners immittirt werde [3]).

Besonders häufig geschieht es aber, daß die Gläubiger eines Verstorbenen in dessen Nachlaß immittirt werden. So wenn der Verstorbene keine Erben hinterlassen hat [4]); oder wenn es ungewiß bleibt, wer dann nun eigentlich der Erbe sei, an wen also der Gläubiger sich zu halten habe [5]). Eben so, wenn zwar der Erbe gewiß ist, sein Verhalten und seine Vermögensumstände aber die Besorgniß erregen, daß, Falls keine Sicherheitsmaaßregeln getroffen werden, die Gläubiger des Verstorbenen verkürzt

1) L. 3. C. d. execut. rei jud. VII. 53.
2) Theophil. III, 12. pr. L. 12. pr. D. d. rebus auctorit. judic. XLII, 5.
3) L. 2. pr. L. 6. §. 2. L. 7. §. 1. D. h. t. L. 5. D. d. reb. auctorit. judic.
4) L. 5. L. 6. C. d. bon. auctorit. judic. VII, 72.
5) L. 8. L. 9. D. h. t. L. 23. §. 2. D. d. hered. instit. XXVIII, 5.

Digitized by Google

werden möchten. Hier können die Gläubiger Satisdation verlangen, und in deren Entstehung um eine Missio nachsuchen [6]).

Eine zweite besonders merkwürdige Anwendung der In possessionem missio ist die, da sie zunächst nur darauf berechnet ist, einen Andern, der uns zur Leistung einer Cautio verpflichtet ist, dazu zu zwingen, daß er die schuldige Caution wirklich und in der That leiste. Nämlich die aus der Immission für ihn entspringenden Nachtheile sollen ihn bestimmen, die Caution zu beschaffen. Ein solcher Zwang kommt vor bei der Cautio legatorum nomine. Nämlich unter gewissen Voraussetzungen kann der Legatar von dem mit dem Legate Belasteten Sicherheitsleistung verlangen; und wird diesem Verlangen nicht genügt, so kann er darauf antragen, in diejenigen Güter des Belasteten immittirt zu werden, welche aus dem Vermögen des Verstorbenen auf denselben übergegangen sind [7]). — Ein ähnlicher Zwang findet Statt bei der Cautio damni infecti, mit welcher es folgende Bewandtniß hat: wenn etwa das Gebäude meines Nachbars den Einsturz droht, und ich befürchten muß, daß, wenn dieser erfolgt, auch ich in Schaden komme. Hier kann ich von dem Nachbarn Sicherheit dafür verlangen, daß, Falls der Schaden sich ereignen sollte, er ihn mir ersetzen werde. Und entzieht er sich dieser Sicherheitsleistung, so darf ich um Immissio in das Gebäude nachsuchen [8]).

Endlich wird

Drittens die In possessionem missio auch häufig dazu gebraucht, um Jemanden, von dem es noch nicht ausgemacht ist, ob er als Erbe zu betrachten sein werde, oder nicht, vorläufig wenigstens die Innehabung der Erbschaftsmasse zu verschaffen [9]).

6) L. 31. D. d. bon. auctorit. judic.

7) Hierauf beziehen sich: Tit. Dig. XXXVI, 4. Ut in possessione legatorum vel fideicommissorum servandorum causa esse liceat. Tit. Cod. VI, 54. Ut in possessionem legatorum vel fideicommissorum causa mittatur, et quando satisdari debeat.

8) Tit. Dig. XXXIX, 2. De damno infecto, et de suggrundis et protectionibus.

9) Tit. Dig. XXXVII, 9. De ventre in possessionem mittendo et curatore ejus. Tituli Dig. XXXVII, 10. Cod. VI, 17. De Carboniano edicto. Tit. Cod. VI, 33. De edicto Divi Hadriani tollendo, et quemadmodum scriptus heres in possessionem mittatur.

Digitized by Google

§. 195.

B. Nähere Bezeichnung der dem Missus zustehenden Rechte.

Vor Allem ist hier dieses anzuführen: denken wir uns, derjenige, welcher In possessionem missio ausgewirkt hat, wird durch irgend Jemand gehindert, die ihm verstattete Detention, oder den ihm verstatteten Besitz zu ergreifen, oder er wird hinterdrein, nachdem dieses bereits geschehen ist, beunruhigt, oder wohl gar verdrängt. Da hat er gegen denjenigen, der ihn beeinträchtigt, eine In factum actio und in gewissen Fällen auch ein eignes Interdict [1]). Das Nähere hierüber im §. 625. IV.

Im Uebrigen verhält es sich mit der aus der Immission für den Missus hervorgehenden Rechte folgender Maaßen.

Wir haben zwei Hauptfälle zu unterscheiden — den Fall, da die Missio bloß die Detention, und den Fall, da sie den eigentlichen Besitz bezweckt.

Jener erste Fall bildet die Regel. Der Regel nach kann der Missus nur auf Detention Anspruch machen [2]). Mit dieser Detention ist aber jederzeit zugleich ein Pfandrecht an den detinirten Gegenständen verbunden [3]). Für dieses gibt es eine eigenthümliche Benennung, nämlich Praetorium pignus; im Codex handelt davon ein eigener Titel [4]). Im §. 336. werde ich auf diesen Gegenstand zurückkommen.

In manchen Fällen hat der Immittirte außerdem auch noch das Recht der Verwaltung, und bei der Missio rei servandae causa hat er in der Regel sogar das Recht der Veräußerung [5]). Gewährte jede Missio ein Pfandrecht im vollsten Sinne des Wortes, so würde eben deshalb das Recht der Veräußerung sich bei einer jeden von selbst verstehen. Aber bei man-

1) Tit. Dig. XLIII, 4. Ne vis fiat ei, qui in possessionem missus erit.

2) L. 3. §. ult. D. d. acquir. v. amitt. poss. XLI, 2. L. 12. D. h. t.

3) L. 26. D. d. P. A. XIII, 7.

4) Tit. Cod. VIII, 22. De praetorio pignore, et ut in actionibus debitorum missio praetorii pignoris procedat.

5) Diese Fälle sind bezeichnet in folgenden Stellen: a) L. 7. §. 1. D. h. t. b) L. 5. D. d. reb. auctorit. jud. c) L. 31. §. 3. D. eod. d) L. 6. C. eod. VII, 72.

Digitized by Google

chen Immissionen ist das Pfandrecht beschränkt auf die Innehabung dessen, worin immittirt ist [6]).

Uebrigens kommt namentlich auch das vor, daß der Missus aus den von ihm detinirten Gütern seinen Unterhalt entnehmen darf. Regel freilich ist dieses nicht, und namentlich können Gläubiger, welche immittirt sind, niemals auf Alimente Anspruch machen [7]); wohl aber können in einzelnen Fällen diejenigen, welche als präsumtive Erben in den Nachlaß eines Verstorbenen immittirt sind, aus der Erbschaftsmasse ihren Unterhalt entnehmen [8]). Das Nähere gehört ins Erbrecht.

Bisweilen gewährt nun aber die **In possessionem missio** dem Missus nicht bloß die Befugniß der Detention, sondern das Recht des eigentlichen Besitzes. Und durch das Medium dieses Besitzes kann dann der Missus zu noch Mehrem gelangen. Er kann dadurch namentlich Eigenthümer werden der Sachen, worauf die Missio sich bezieht. Dieser Fall kommt vor bei der **Cautio damni infecti**. Nämlich: angenommen, ich bin in das baufällige Gebäude des Nachbars, welcher sich weigert, Sicherheit zu leisten, in der Art immittirt worden, daß ich es nur neben und mit ihm detinire. Aber der Nachbar beharrt nichts desto weniger bei seiner Weigerung. Da kann ich um eine neue, auf den Besitz gerichtete Missio bitten; und erhalte ich diese, so gelange ich nicht nur überhaupt zum Besitze des benachbarten Gebäudes, sondern auch zum alleinigen Besitz: der Nachbar muß ganz und gar weichen. Und war der Nachbar Eigenthümer, so geht zugleich das Eigenthum auf mich über. War er nicht Eigenthümer, so erlange ich die Möglichkeit, durch fortgesetzten Besitz Eigenthümer zu werden. So können also hier zwei verschiedene Missionen hintereinander vorkommen, wovon die erste weniger, die zweite mehr gewährt. Jene wird **Missio ex primo**, diese **Missio ex secundo decreto** genannt [9]). Mehr hierüber im Obligationenrecht.

6) Vgl. Gesterding, Pfandrecht. S. 152. (der 2ten Ausg.)

7) L. 7. pr. D. h. t.

8) L. 1. §. 19. D. d. ventre in poss. mittendo etc. XXXVII, 9. L. 5. §. 3. D. d. Carbon. edicto. XXXVII, 10.

9) L. 7. pr. D. d. damno inf. XXXIX, 2. in den Worten »Eum, cui ita non cavebitur« bis »etiam possidere jubebo.« L. 15. §. §. 16. 23. D. eod.

Digitized by Google

Ich muß jetzt noch ein paar Worte sagen über den heutigen Gebrauch der **In possessionem missio.**

Es gibt allerdings Fälle, in welchen nach Römischem Rechte Immission ertheilt wird, nach heutigem Rechte aber nicht. Dahin gehört der Fall des Concurses; desgleichen der Fall, da der Gegner durch seine Abwesenheit der Rechtsverfolgung Hindernisse in den Weg legt.

In andern Fällen dagegen kommt Immission auch noch heutiges Tages vor, nur freilich ist auch in diesen Fällen der Gebrauch der Immissionen bei uns nicht so häufig, wie bei den Römern.

Digitized by Google

Erstes Buch.
Allgemeine Lehren.

Siebentes Kapitel.
Von der Berechnung der Zeit.

I. Von den einzelnen Abschnitten der Zeit an und für sich. (§. §. 196. 197.).

§. 196.

A. Tag. Monat. Jahr.

1. Von dem Tage.

Man unterscheidet zwischen dem natürlichen und dem bürgerlichen Tage.

Unter dem natürlichen Tage versteht man die Zeit der vollen Hellung, von Sonnenaufgang bis Sonnenuntergang, im Gegensatz gegen die Nacht. In den Quellen kommt der Ausdruck Dies nicht selten in dieser Bedeutung gerade vor. Dabei ist denn, zum Verständniß der Quellen, insbesondere noch Folgendes zu bemerken: die Römer theilten den natürlichen Tag in zwölf Stunden, welche fortlaufend von 1 bis 12 gezählt wurden, so daß der Ablauf der sechsten Tagesstunde jeder Zeit auf die Mitte des Tages fiel. Eben so theilten sie nun aber auch die Nacht in ihre besondern zwölf Stunden, dergestalt, daß das Ende der sechsten Nachtstunde dasjenige war, was wir Mitternacht nennen. Von selbst versteht es sich, daß bei dieser Stun-

Digitized by Google

denrechnung die Tagesstunden mit den Nachtstunden nur zur Zeit des Aequinoctiums von gleicher Länge waren [1]).

Der bürgerliche Tag ist ein reiner Zeitabschnitt, ohne Rücksicht der Hellung oder Dunkelheit, und zwar ein Zeitraum von vierundzwanzig Aequinoctialstunden; d. h. es gehören dazu vierundzwanzig Stunden von der Länge derjenigen, deren zwölf zur Zeit des Aequinoctiums den natürlichen Tag ausmachen. Nach der Kalenderrechnung nun fängt jeder Tag mit Mitternacht an: ein Tag ist also der Zeitraum von einer Mitternacht zur andern [2]). Und inwieweit man sich den Anfang und das Ende eines Tages auf diese Weise bestimmt denkt, insoweit nennt man den Tag einen Kalendertag. Man kann nun aber auch die Rechnung in irgend einem andern Moment anfangen, indem man z. B. von sechs Uhr nach Mitternacht bis wieder dahin rechnet. Dann fallen Anfang und Ende des Tages in den Verlauf zweier verschiedener Kalendertage. Einen solchen Zeitraum von vierundzwanzig Stunden pflegt man mit dem Ausdruck Zeittag zu bezeichnen.

II. Von dem Monate.

Nach der Kalenderrechnung sind Anfang und Ende jedes einzelnen Monats etwas individuell und Ein für alle Mal fest Bestimmtes; auch ist die Länge der einzelnen Monate verschieden. Diese Einrichtung der Monate nun kommt überall in Betracht, wo irgend eine Anordnung, irgend eine Verabredung sich auf einen bestimmten Monatstag bezieht, z. B. wo eine Zahlung von jedem ersten eines Monats wiederholt werden soll.

Ueberall aber, wo nur von einem Monat im Allgemeinen, nur von einer Monatsfrist überhaupt die Rede ist, da kann der Anfangstag sein, welcher er will; man kann ferner sowohl nach Zeittagen, als nach Kalendertagen rechnen; und was die Zahl der Tage betrifft, so rechnet man dann den Monat immer zu dreißig Tagen. Ist von mehren Monaten die Rede, so werden so viel Mal dreißig Tage gerechnet, als Monate gezählt wer-

1) L. 7. D. d. usurp. et usuc. XLI, 3. (S. unt. §. 200. Nr. 2. c.) L. 2. §. 1. L. 124. D. d. V. S. liefern den Beweis für das hier Gesagte.

2) L. 8. D. d. feriis et dilat. II, 12.

den sollen. Nirgends freilich werden diese Sätze in unsern Rechtsbüchern ausdrücklich in der Form allgemeiner Regeln aufgestellt, aber daß sie als solche zu betrachten sind, weist sich zur Genüge aus in einer ganzen Reihe einzelner Anwendungen [3]). — Auf den ersten Blick könnte es scheinen, als ob Eine Stelle unserer Quellen [4]) unserem Grundsatze entgegen wäre; nämlich als ob zwei Monate für einundsechzig Tage gerechnet werden müßten. Aber ich glaube nicht, daß dies der Sinn der Stelle ist. Ich werde darauf noch zurückkommen im §. 201. Eine Ausnahme von unserer Regel ist jedoch unläugbar — nämlich in d. L. 5. pr. C. de temporibus appellationum. XII, 63. kommt eine prozessualische Frist vor, bei welcher drei Monate gleich dreiundneunzig Tagen gerechnet werden — allein diese ganze Frist ist für uns etwas Unpraktisches. Die hier vorgetragene Meinung über die Dauer der Monatsfristen ist die gewöhnliche. Eine davon abweichende Ansicht hat Schrader [5]) aufgestellt.

III. Von dem Jahre.

Zunächst muß ich etwas sagen über die Einrichtung des Jahrs nach dem Kalender.

In den frühesten Zeiten hatten die Römer das sogenannte Romulische Jahr, bestehend aus zehn Monaten, welche zusammengenommen dreihundert und vier Tage ausmachten. Diese Berechnung des Jahrs hat sich in einzelnen Anwendungen, zum Theil noch bis in die Zeit der christlichen Imperatoren erhalten. Im Ganzen aber ward der Romulischen Jahrsrechnung schon sehr früh diejenige substituirt, deren Einführung man dem Numa zuzuschreiben pflegt. Nach dieser bestand das Jahr aus zwölf Monaten, welche zusammen dreihundert fünfundfunfzig Tage hielten. Da indessen auch dieses Jahr gegen den

3) So zum Beispiel wird in L. ult. §. §. 2. 11. C. d. jure delib. VI, 30., im §. 2. eine Frist von 90 Tagen bezeichnet: eben diese Frist aber heißt im §. 11. eine Frist von drei Monaten. Vgl. Nov. 115. c. 2.

4) L. 101. D. d. R. J. »Ubi lex duorum mensium facit mentionem, et qui sexagesimo et primo die venerit audiendus est; —.«

5) Schrader, Civilistische Abhandlungen. S. 193. folg. Der Verfasser stellt S. 215. folgende Regel auf: »So viel Monate, so viel Zwölftel von 365 Tagen, in nächsten ganzen Zahlen sind zu rechnen.« Diese Regel ergibt für zwei Monate 61, für drei 91, für vier 122, für fünf 152, für sechs 182 Tage u. s. w.

Digitized by Google

scheinbaren Umlauf der Sonne um die Erde zu kurz war, so schaltete man von Zeit zu Zeit zwischen dem 23ten und 24ten Februar einen ganzen Monat ein: man nannte ihn Mensis intercalaris. Der Anfang des Jahres war ursprünglich der erste März, später der erste Januar. Eine neue Veränderung erfuhr der Kalender durch Julius Cäsar. Dieser gab dem zwölfmonatlichen Jahre die Einrichtung, daß er es zu einer Länge von dreihundert fünfundsechzig Tagen ausdehnte; zugleich aber setzte er fest, daß je alle vier Jahre hinter dem 23ten Februar Ein Tag eingeschaltet werden sollte: es sollte fortan zwar kein Mensis intercalaris mehr vorkommen, wohl aber ein Dies intercalaris. Dieses so eingerichtete Jahr wird, nach dem Julius Cäsar, das Julianische genannt. Es ist dasjenige, worauf die Zeitbestimmungen in den Justinianischen Rechtsquellen sich beziehen. Von Rom aus hat sich die Rechnung danach in alle Länder der Christenheit verbreitet. In der Griechischen Kirche gilt sie noch heutiges Tages unverändert; in der Katholischen aber hat sie durch Papst Gregor XIII. im Jahre 1582 folgende Modification erfahren: die Säcularjahre, diejenigen also, mit welchen ein Jahrhundert der christlichen Aera zu Ende geht, sind nach dem Julianischen Kalender insgesammt Schaltjahre, nach der von Gregor XIII. getroffenen Einrichtung aber ist unter je vier auf einander folgenden Säcularjahren immer nur Eines ein Schaltjahr. Diese Einrichtung des Kalenders pflegt man die Gregorianische zu nennen. In der Katholischen Kirche ward sie sofort allgemein angenommen, in den protestantischen Ländern erst in späterer Zeit.

Ist nun aber die Rede von einem Jahre überhaupt, von einer Jahresfrist, so kommt es auf den Anfang, welchen der Kalender dem Jahre gibt, nicht an. Man versteht dann unter einem Jahre jeden Zeitraum von dreihundert fünfundsechzig Tagen, gleichviel, ob man vom ersten Januar oder von irgend einem andern Tage an zu rechnen angefangen hat [6]). Und eben

6) L. 51. §. 2. D. ad leg. Aquil. IX, 2. L. 4. §. 5. D. d. statutib. XL, 7. L. 134. D. d. V. S. (S. unt. §. 201. Note 3.)

so können die einzelnen Tage, nach welchen man die Dauer einer Jahresfrist ermißt, eben sowohl Zeittage, als Kalendertage sein.

§. 197.

B. Schalttag.

Hier ist vor Allem nothwendig, daß wir uns mit der Art und Weise bekannt machen, wie in unsern Rechtsbüchern der Schalttag bezeichnet wird. Unsere Rechtsbücher folgen darin nur dem allgemeinen Gebrauch der Römer. Mit diesem aber verhielt es sich so:

Schon vorhin habe ich bemerkt, daß der Schalttag eingeschoben wurde zwischen dem 23ten und 24ten Februar; den 24ten Februar nun bezeichneten die Römer so: **dies sextus (ante) Kalendas Martias.** Nämlich gibt man dem Februar achtundzwanzig Tage und zählt nun vom 1ten März rückwärts, so jedoch, daß dabei der 1te März mitgezählt wird, so fällt dann der sechste Tag dieser Zählung gerade auf den 24ten Februar. Ganz ebenso bezeichneten sie in einem Schaltjahre den **dies intercalaris.** Auch diesen nannten sie **dies sextus (ante) Kalendas Martias.** Hätten sie das nicht gethan, so hätten sie die früheren Tage, ich meine den 23ten Februar, den 22ten u. s. w., in einem Schaltjahre anders bezeichnen müssen, als in einem gewöhnlichen Jahre; was nun nicht nöthig war. — Also der 24te Februar und der ihm vorangehende Schalttag, beide wurden **dies sextus (ante) Kalendas Martias** genannt. Wo es aber darauf ankam, beide Tage von einander zu unterscheiden, da nannte man den dem März näher liegenden Tag, den **prior dies,** weil man nämlich im Zurückrechnen auf ihn zuerst kam: dagegen hieß der vom 1ten März entferntere Tag, der Schalttag nämlich, **posterior dies.** Der **prior dies** ist also derjenige gerade, den wir nach unserer Art vorwärts zu zählen, den **posterior** nennen würden; und der **posterior,** der Schalttag, ist der, welcher für uns der frühere sein würde. Beide Tage fassen die Römer zusammen unter dem gemeinsamen Ausdruck: **bissextus dies** oder **bissextum;** woher sich denn auch die Benennung **bissextus annus** schreibt, deren Bedeutung diese ist: ein

Digitized by Google

Jahr, in welchem ein bissextum vorkommt, also ein Schaltjahr. Das Gesagte wird die folgende Tafel erläutern:

Gemeinjahr.	Schaltjahr.	Römische Bezeichnung.	
März. 1.		Kalendae Martiae.	
Februar.			
28.	29.	Pridie Kalendas Martias.	
27.	28.	Tertius K. M.	
26.	27.	Quartus K. M.	
25.	26.	Quintus K. M.	
24.	25.	Sextus K. M. prior dies.	Bissextum.
	24. Schalttag.	Sextus K. M. posterior dies.	Bissextus dies.
23.	23.	Septimus K. M.	

Schon die angeführte Art der Bezeichnung weist darauf hin, daß die Römer den Schalttag, im Allgemeinen wenigstens, nicht als einen einzelnen selbstständigen Tag für sich ansahen, sondern daß sie sich denselben dachten als Ein Ganzes bildend, mit dem auf ihn folgenden 24ten Februar. Sie sagen dies aber sogar ausdrücklich. So heißt es in unsern Quellen von dem Bissextum: »id biduum pro uno die habetur [1]).«

Hieraus ergibt sich, daß juristisch genommen, auch ein Schaltjahr nur dreihundert fünfundsechzig Tage hat. Und, wie es sich mit dem Schalttag bei der Jahresrechnung verhält, so auch bei der Monatsrechnung. Auch hier wird der Schalttag nicht als ein besonderer Tag für sich gezählt [2]). Dagegen — wo nicht vom Jahre oder Monate die Rede ist, sondern von einer Anzahl einzelner Tage, als solcher, da zählt der Schalttag mit, gleich andern Tagen [3]).

1) In L. 98. pr. D. d. V. S. Vgl. L. 3. §. 3. D. d. minorib. IV, 4. »— — Proinde et si bissexto natus est, sive priore, sive posteriore die, Celsus scripsit, nihil referre: nam id biduum pro uno die habetur, et posterior dies intercalatur.«

2) A. M. ist Unterholzner, Verjährungslehre. Th. I. S. 280-82.

3) Das hier Ausgeführte erhellt aus L. 2. D. d. divers. temporal.

Digitized by Google

Die hier dargestellte Römische Ansicht vom Schalttage, findet der richtigen Meinung nach, auch noch bei uns Anwendung; auch bei uns ist der Schalttag der Tag unmittelbar nach dem 23ten Februar; auch bei uns muß der Schalttag mit dem auf ihn folgenden Tage, eben wie bei den Römern, zusammengerechnet werden. Aber die Art der Bezeichnung ist freilich bei uns eine andere: wir bezeichnen den Schalttag, und den darauf folgenden nicht mit derselben Zahl: den posterior dies der Römer, also den Schalttag selbst, nennen wir den 24ten; den prior dies aber, also den folgenden Tag, nennen wir den 25ten Februar. Und so ist es in einem Schaltjahre der 25te Februar, welcher dem 24ten eines gemeinen Jahrs entspricht. Wenn daher eine Jahresfrist in einem Gemeinjahre mit dem 24ten Februar beginnt, so geht sie in dem etwa folgenden Schaltjahre erst mit dem 25ten Februar zu Ende. Wogegen eine Jahresfrist, die in einem Schaltjahre beginnt, der Anfang desselben mag auf den 24ten oder 25ten Februar fallen, in dem folgenden Gemeinjahre mit dem 24ten Februar zu Ende geht. Und eben so entspricht dem 26ten Februar eines Schaltjahres in einem Gemeinjahre der 25te, dem 27ten der 26te u. s. w.

Dies ist die richtige Ansicht von der Sache. Es ist falsch, wenn Einige [4]) der Meinung sind, bei uns wäre der 29te Februar der Schalttag. Diese unrichtige Ansicht wird schon durch einen einzigen Blick in unsern Kalender widerlegt.

§. 198.

II. Von dem Unterschiede zwischen continuum und utile tempus.

In unseren Rechtsbüchern kommen, wenn von gesetzlich be-

praescr. etc. XLIV, 3. »In tempore constituto judicatis an intercalaris dies proficere judicato, nec ne debeat? quaeritur, item de tempore, quo lis perit. Sic sine dubio existimandum est, ut auctum litis tempus intercalari die existimetur, veluti si de usucapione sit quaestio, quae tempore constituto expleri solet, aut de actionibus, quae certo tempore finiuntur, ut aedilitiae pleraeque actiones. Et si quis fundum ea lege vendiderit, ut nisi in diebus triginta pretium esset solutum, inemtus esset fundus, dies intercalaris proficiet emtori? Mihi contra videtur.« Vergl. zu dieser Stelle Bynkershoek, Observationes jur. Rom. Lib. IV. c. 8.

4) Unter Anderen Glück, V. S. 543. Note 81.

ſtimmten Friſten die Rede iſt, zumahl von ſolchen, innerhalb deren Jemand eine juriſtiſche Handlung vorzunehmen hat, ſehr häufig die Ausdrücke »continuus« und »utilis« vor; ſowohl in Bezug auf einzelne Abſchnitte der Zeit, als in Bezug auf die Zeit im Allgemeinen. Es iſt die Rede von **Dies, Menses, Anni continui** oder **utiles** — desgleichen von einem **Tempus continuum** oder **utile** [1]).

Es fragt ſich nun — welche Beziehungen der Zeit werden durch dieſe Ausdrücke bezeichnet?

Iſt von einem **continuum tempus** die Rede, ſo nimmt man nur auf die Zeit ſelbſt Rückſicht, nicht aber zugleich auf die Möglichkeit ihrer Benutzung zu einer juriſtiſchen Handlung. Denken wir uns alſo, es ſoll zunächſt der Anfangspunkt eines Zeitraums beſtimmt werden, während deſſen Jemand dieſe oder jene Handlung vorzunehmen hat. Hier fängt man die Rechnung an gleich mit dem Eintritt des Thatumſtandes, welcher die Nothwendigkeit der Handlung mit ſich führt, ohne danach zu fragen, ob derjenige, welcher handeln ſoll, um jenen Thatumſtand weiß, und eben ſo wenig fragt man danach, ob er ſich in der Lage befindet, dasjenige, worauf es ankommt, thun zu können. So wird es gehalten in Bezug auf den Anfangspunkt. Was ſodann aber ferner den Verlauf der Zeit anbelangt, ſo werden die Tage, an welchen es dem Betheiligten unmöglich fiel, ſeinen Vortheil wahrzunehmen, nicht weniger in Rechnung gebracht, als diejenigen, an denen ihm dieſes möglich war.

Ganz anders verhält es ſich mit dem **utile tempus**. Die Zeit wird hier nur nach ihrer Anwendbarkeit für juriſtiſche Handlungen in Betracht gezogen; es iſt nicht die Zeit überhaupt, ſondern nur die benutzbare Zeit, welche in Anſchlag kommt. Man ſieht daher den Anfangspunkt einer Friſt, wenigſtens der Regel nach, erſt dann als vorhanden an, wenn derjenige, welcher han-

1) Beiſpiels halber verweiſe ich auf §. 16. I. d. excusat. etc. I, 25. L. 1. D. d. divers. temporalib. praescript. XLIV, 3. (Dies); — L. 19. §. ult. D. d. aedilit. ed. XXI, 1. (Menses); — L. ult. C. d. dolo. II, 21. L. ult. C. d. temporib. in integr. restit. II, 53. (Anni); — L. 31. §. 1. D. d. usurp. et usuc. XLI, 3. L. 2. pr. D. quis ordo etc. XXXVIII, 15. (Tempus.)

deln soll, um die veranlassende Thatsache weiß, und die in Rede stehende Handlung vorzunehmen im Stande ist. Und auf eine ähnliche Weise werden nun auch, wenn der Verlauf der Zeit berechnet werden soll, nur die Tage in Anschlag gebracht, an denen die Handlung vorgenommen werden konnte, die Tage der Verhinderung kommen nicht in Rechnung [2]).

Besonders häufig kommt der Begriff des **Utile tempus** bei der Verjährung der Klagen zur Anwendung, und da wird dann der Umstand, daß die Verjährungsfrist ein **utile tempus** sei, auf die Weise bezeichnet, es sei nur die Zeit in Betracht zu ziehen, da Einer **experiundi potestatem** habe, die Zeit also, da Einer in der Lage sei, klagen zu können. Was dazu nun aber gehöre; welche Hindernisse hier in Anschlag kommen, darüber findet sich ausführliche Auskunft in der unten angeführten Stelle [3]).

Nach Erörterung der Begriffe des **continuum** und des **utile tempus** fragt sich nunmehr: wann findet die eine und wann die andere Art der Berechnung Statt?

Im Zweifel ist jede gesetzlich vorgeschriebene Frist für ein **continuum tempus** zu halten. Um eine Frist als ein **utile tempus** behandeln zu können, dazu bedarf es jeder Zeit besonderer Gründe. Ein solcher besonderer Grund ist natürlich überall vorhanden, wo in unsern Rechtsbüchern von irgend einer Frist ausdrücklich gesagt wird, daß sie ein **utile tempus** sei. Indessen bei solchen Fristen, die sich aus dem **Jus honorarium** herschrei-

2) L. 2. pr. D. quis ordo in bon. possess. servetur. XXXVIII, 15. »Utile tempus est bonorum possessionum admittendarum. Ita autem utile tempus est, ut singuli dies in eo utiles sint, scilicet ut per singulos dies et scierit et potuerit admittere. Ceterum quacunque die nescierit aut non potuerit, nulla dubitatio est, quin dies ei non cedat.« — —

3) L. 1. D. d. divers. temporalib. praescr. XLIV, 3. »Quia tractatus de utilibus diebus frequens est, videamus, quid sit experiundi potestatem habere. Et quidem inprimis exigendum est, ut sit facultas agendi, neque sufficit reo experiundi secum facere potestatem, nisi actor quoque nulla idonea causa impediatur experiri. Proinde sive apud hostes sit, sive reipublicae causa absit, sive in vinculis sit, aut si tempestate in loco aliquo vel in regione detineatur, ut neque experiri, neque mandare possit, experiundi potestatem non habet. Plane is qui valetudine impeditur, ut mandare possit, in ea causa est, ut experiundi habeat potestatem. Illud utique neminem fugit, experiundi potestatem non habere eum, qui Praetoris copiam non habuit; proinde hi dies cedunt, quibus jus Praetor reddit.«

Digitized by Google

ben, ist die Vermuthung umgekehrt dafür, daß sie utilia tempora seien. Im Uebrigen ist es Regel: dieselbe Berechnungsweise, welche bei einer Frist in Beziehung auf den Anfang beobachtet wird, eben diese gilt auch in Beziehung auf den Verlauf derselben, und umgekehrt. Ausnahmsweise jedoch kommen Fristen vor, bei welchen beiderlei Arten der Berechnung angewandt werden — die eine um den Anfangspunkt zu bestimmen, die andere in Beziehung auf den Verlauf. Daher pflegen die Neueren viererlei Arten von Fristen anzunehmen:

1. solche, welche continua tempora sind in aller und jeder Beziehung. Dahin gehört z. B. die Frist der Usucapion, desgleichen die Verjährungs-Frist der aus dem Civilrecht sich herschreibenden Klagen.

2. solche, bei denen die Zeit in jeder Beziehung utiliter gerechnet wird. Dahin gehört z. B. die Verjährungsfrist der meisten aus dem prätorischen Rechte sich herschreibenden temporales actiones.

3. solche, welche in Ansehung des Anfanges ein tempus continuum, in Ansehung des Verlaufes ein tempus utile sind. Einige zwar leugnen es, daß es Fristen dieser Art gebe [4]). Andere aber behaupten, und zwar, wie es scheint, mit mehr Recht, daß allerdings Fristen dieser Art vorkommen [5]). Beispiele werden wir kennen lernen in den §. §. 503. 619.

4. Es kommen Fristen vor, welche umgekehrt, gerade in Beziehung auf den Anfang die Natur eines tempus utile an sich haben, während sie in Bezug auf den Verlauf als tempora continua behandelt werden, z. B. Appellationsfristen.

Zuletzt muß ich nun noch an jene Justinianische Constitution erinnern, wodurch bei den prätorischen Restitutionen an die Stelle des Annus utilis ein Quadriennium continuum gesetzt ist [6]). Manche Neuere haben daraus eine allgemeine Regel machen wol-

4) U. A. Thibaut, Pandekten, §. 97. Note u.

5) So Haubold, Opuscula, Tom. I. p. 428. sq. Er rechnet dahin namentlich den Annus utilis, auf den es bei dem Interdictum Quod vi aut clam ankommt; desgleichen die Verjährungsfrist der ädilitischen Klagen. Dieser Ansicht folgt auch Mühlenbruch, Pandekten. §. 86. Anm. 8.

6) L. ult. C. d. temporib. in integr. restitut. II, 53.

Digitized by Google

len, der zu Folge jedes utile tempus in ein continuum von vierfacher Dauer verwandelt werden müsse. Diese Meinung ist indessen ohne allen Grund.

III. Von dem Unterschiede zwischen natürlicher und civiler Berechnung der Zeit. (§. §. 199-201.)

§. 199.

A. Begriffe.

Es fragt sich zuerst, was heißt »naturaliter computare«? Das Wort kommt, so viel mir bekannt, bei den Römischen Juristen nicht vor, wohl die Sache. Nämlich, was wir naturaliter computare nennen, das bezeichnen die Römer auf folgende Weise: »a momento in momentum tempus spectare;« »a momento ad momentum computare;« »annum ad momenta temporum numerare [1]).«

Durch diese Bezeichnung ist nun aber auch schon der Begriff selbst gegeben. Nämlich, die Zeit natürlich berechnen heißt: genau mit dem Augenblicke eines gewissen Ereignisses die Berechnung anfangen, und nun so fort rechnen bis zu dem Augenblicke, wo der zu berechnende Zeitraum vollständig abgelaufen ist. Setzen wir z. B., es komme an auf den Zeitraum eines Jahres, und das Ereigniß, welches den Anfangspunkt der Rechnung bestimmt, habe sich zugetragen am 1ten Januar des Jahres Eins, um Mittag zwölf Uhr. Hier wird nun der erste Tag abgelaufen sein am 2ten Januar Mittags, der zweite, am 3ten Januar Mittags u. s. w., der dreihundert fünfundsechzigste Tag aber wird zu Ende gehen am 1ten Januar des Jahres zwei Mittags um zwölf Uhr. Dann erst wird das Jahr als vollendet angesehen werden können. Die Tage also, nach welchen hier gezählt wird, sind volle Zeiträume von vierundzwanzig Stunden, deren Anfang sich nun aber nicht bestimmt nach dem gewöhnlichen der Kalenderrechnung zum Grunde liegenden Anfange des bürgerlichen Tages; sondern nach dem Augenblicke

1) Vgl. L. 3. §. 3. D. d. minorib. IV, 4. L. 6. D. d. usurpat. et usuc. XLI, 3. L. 134. D. d. V. S.

irgend eines anderweitigen Ereignisses. Mit andern Worten: es wird hier nach Zeittagen gerechnet, nicht nach Kalendertagen.

Ich komme zu der civilen Computation, welche die Römer mit folgendem Ausdrucke bezeichnen: »Annum ad dies numerare;« annum civiliter numerare [2]).«

Der allgemeine Charakter dieser Art der Computation besteht darin, daß man die Rechnung beginnt nicht mit dem Augenblicke selbst, in welchem ein gewisses Ereigniß sich zugetragen hat, sondern vielmehr schon mit dem Anfange desjenigen Kalendertages, in dessen Lauf das Ereigniß fällt. Wir wollen zu unserem vorigen Falle zurückkehren. Es hatte etwas sich zugetragen am 1ten Januar des Jahres Eins um zwölf Uhr Mittags. Rechnen wir nun hier civiliter, so fangen wir unsere Rechnung an nicht erst mit der Mittagsstunde, sondern schon mit dem ersten Augenblicke des 1ten Januar, und daher geht dann der erste Tag zu Ende noch am 1ten Januar selbst, nämlich um Mitternacht. Der zweite Tag des Januar ist dann auch gerade der zweite Tag unserer Rechnung, und sonach wird der dreihundert fünfundsechzigste Tag und mit ihm das Jahr zu Ende gehen schon am 31ten December des Jahrs Eins um Mitternacht. Der erste Januar des Jahres Zwei wird daher nicht, wie dieß bei natürlicher Computation geschehen müßte, zwischen dem zu Ende gehenden Jahre, und dem neu beginnenden getheilt, sondern er gehört diesem letztern seinem ganzen Verlaufe nach an, so daß das neue Jahr schon mit dem ersten Augenblicke des ersten Januars seinen Anfang nimmt. Hiernach mögen wir sagen: Bei der civilen Computation wird nicht nach Zeittagen gerechnet, sondern nach Kalender-Tagen.

Damit ist nun der Charakter der civilen Computation im Allgemeinen bezeichnet; wo sie in einzelnen Fällen noch weiter abweicht von der natürlichen, da ist das als etwas Singuläres zu betrachten.

2) cit. L. 134. D. d. V. S.

Digitized by Google

§. 200.

B. Praktisches Verhältniß der civilen Computation zu der natürlichen.

In den meisten Fällen wird es nicht schwer sein, den Tag eines gewissen Ereignisses auszumitteln; allein zugleich nun auch genau anzugeben die Stunde desselben, oder gar die Minute, das wird häufig nicht geringe Schwierigkeiten haben; und so bringt es denn schon die Natur der Sache mit sich, daß in der Regel nur auf Kalendertage gesehen werden kann. Allerdings aber wird damit demjenigen, welchem die natürliche Computation Vortheil gewähren kann, im Allgemeinen wenigstens das Recht keineswegs genommen, auf die Computation sich zu berufen, vorausgesetzt nur, daß er nun auch im Stande ist, den Moment, auf welchen es bei der natürlichen Computation ankommt, genau nachzuweisen. Es kommt in unsern Quellen folgender Fall vor: wenn ein Minderjähriger im Laufe des Tages selbst, an welchem er das fünfundzwanzigste Jahr vollendet, ein Geschäft vornimmt, jedoch noch ehe die Geburtsstunde gekommen ist, so kann er dagegen auf den Grund der Minderjährigkeit restituirt werden, denn es wird **a momento in momentum** gerechnet [1]). Hierin liegt nun aber nichts Singuläres, sondern nur eine Anwendung unseres allgemeinen Grundsatzes, daß die natürliche Computation der Regel nach überall zulässig ist, wo man die dazu erforderlichen Data zur Hand hat. Nur einige Fälle gibt es, in welchen schlechthin und ausschließlich die civile Computation angewandt wird. Dahin gehört:

1. Die Berechnung desjenigen Alters, mit welchem Jemand die Fähigkeit erlangt, seine Sclaven nach Willkür zu manumittiren [2]). Für uns ist dieser Fall unerheblich.

2. Die civile Computation bei der Usucapion.

Die im älteren Recht übliche **In manum conventio** durch Usus war etwas dem Eigenthumserwerbe durch Ersitzung Analo-

1) **L. 3. §. 3. D. d. minorib. IV, 4.**

2) **L. 1. D. d. manumiss. XL, 1.**

S. Unterholzner, Ausführl. Entwickel. der Verjährungslehre. Bd I. S. 309. 310.

Digitized by Google

ges. Nämlich: wenn eine Ehefrau ein Jahr lang mit ihrem Ehemanne gelebt hatte, ohne während dieses Jahres drei volle Nächte außer des Mannes Hause zugebracht zu haben, so kam sie dadurch in die Gewalt des Mannes; »velut annua possessione usucapiebatur«, wie es bei Gajus [3]) heißt. Und zwar berechnete man das Jahr, worauf es hierbei ankam, in der Art, daß man dasselbe, wenn die Ehe am 1ten Januar war geschlossen worden, mit dem Eintritte der Mitternacht zwischen dem 31ten December desselben Jahres und dem 1ten Januar des nächst folgenden als beendiget ansah [4]). Wenn man nun aber so bei dieser Quasi-Usucapion rechnete, so that man ohne Zweifel dasselbe bei der eigentlichen Usucapion: wir werden daher nicht irren, wenn wir in diesem Sinne die Pandektenstellen auslegen, welche die Zeitrechnung bei der eigentlichen Usucapion betreffen. Dahin gehören:

a. Eine Stelle des **Venulejus, L. 15. pr. D. d. divers. temporalib. praescr. XLIV, 3.:**

> »**In usucapione ita servatur, ut, etiamsi minimo momento novissimi diei possessa sit res, nihilo minus repleatur usucapio: nec totus dies exigitur ad explendum constitutum tempus.**«

Der novissimus dies ist ein letzter Kalendertag, derjenige nämlich, in dessen Laufe der letzte Zeittag zu Ende geht. Es genügt, daß dieser novissimus dies nur eben begonnen habe, oder, was dasselbe sagt, daß der demselben vorangehende Kalendertag vollständig abgelaufen sei. Wie dies aber auf der einen Seite genügt, so ist es auf der andern zugleich nothwendig, d. h. früher kann die Usucapion nicht für vollendet geachtet werden.

b. Eine Stelle des **Ulpianus, L. 6. D. d. usurp. et usuc. XLI, 3.:**

> »**In usucapionibus non a momento ad momentum, sed totum postremum diem computamus.**«

Was Venulejus den novissimus dies nennt, das bezeichnet

3) Gaj. III. §. 111.

4) Gellius, Noctium Atticarum Libr. 3. cap. 2. in f.

Digitized by Google

Ulpian hier mit dem Ausdruck postremus dies. Er will nämlich dieses sagen: es wird bei der Usucapion nicht von Augenblick zu Augenblick gerechnet, wobei man genöthigt sein würde, den letzten Kalendertag, worauf der Schluß des letzten Zeittages fällt, zum Theil in die Usucapionsfrist einzurechnen, zum Theil aber als darüber hinausreichend anzusehen; sondern es wird vielmehr jener Kalendertag als ein ungetheiltes Ganzes betrachtet; es genügt, daß er nur überhaupt da sei, daß er angefangen habe. Wie wenig die Meinung dahin geht, daß erst der Ablauf des gedachten Kalendertages die Usucapion vollende, ergibt

c. die ebenfalls aus einem Werke des Ulpianus entlehnte L. 7. D. eod.:

»Ideoque qui hora sexta diei Kalendarum Januariarum possidere coepit, hora sexta noctis pridie Kalendas Januarias implet usucapionem.«

Unter dies Kalendarum Januariarum ist der auf den 1ten Januar fallende natürliche Tag, unter nox pridie Kalendas Januarias die auf den natürlichen Tag des 31ten Decembers folgende Nacht zu verstehen. Der Ausdruck hora sexta geht hier nicht auf den Lauf, sondern auf den Ablauf der sechsten Stunde; dergestalt, daß hora sexta diei den Augenblick des Mittags, hora sexta noctis aber den Moment der Mitternacht bezeichnet. Dies vorausgesetzt stimmt der Inhalt der Stelle mit demjenigen, was früher aus Gellius angeführt worden ist, genau überein. Nämlich: wer am 1ten Januar Mittags zu besitzen angefangen hat, vollendet die Usucapion in der Mitte der Nacht, welche zwischen dem 31ten December und dem 1ten Januar liegt [5]).

3. Die civile Berechnung der Testamentsmündigkeit.

Wichtig ist hier eine Stelle des Ulpianus, L. 5. D. qui test. facere etc. XXVIII, 1.:

»A qua aetate testamentum vel masculi vel feminae facere possint, videamus. Verius est, in masculis quidem quartum decimum annum spectandum, in feminis vero duodecimum completum. Utrum autem

5) Vgl. Unterholzner a. a. O. S. 301 — 304.

excessisse debeat quis quartum decimum annum, ut testamentum facere possit, an sufficiat complesse? Propone, aliquem Kalendis Januariis natum testamentum ipso natali suo fecisse quarto decimo anno: an valeat testamentum? Dico valere. Plus arbitror, etiamsi pridie Kalendarum fecerit post sextam horam noctis, valere testamentum: jam enim complesse videtur annum quartum decimum, ut Marciano videtur.«

Der Sinn dieſer Stelle, von den Worten »Utrum autem« an, läßt ſich in folgender Paraphraſe wiedergeben: Es fragt ſich, muß ein Masculus, um ein Teſtament errichten zu können, das vierzehnte Jahr überſchritten haben, mithin in das funfzehnte bereits eingetreten ſein, oder reicht es hin, daß er das vierzehnte nur eben vollendet hat? Angenommen z. B., es hat Einer, der am 1ten Januar geboren iſt, an ſeinem Geburtstage ſelbſt, an demjenigen nämlich, in deſſen Laufe der letzte Zeittag des vierzehnten Jahres zu Ende geht, noch ehe dieſes Ende gekommen iſt, und ſonach in einem Augenblicke teſtirt, da er, nach natürlicher Computation, noch in ſeinem vierzehnten Jahre ſteht; wird das Teſtament gelten? Ich ſage, es gilt. Ja, ich gehe noch weiter; ich halte das Teſtament ſelbſt dann für gültig, wenn es in der Nacht, welche dem natürlichen Tage des nächſt vorhergehenden 31ten Decembers folgt, mit dem Ablaufe der ſechsten Stunde errichtet iſt, in der Mitternacht alſo, die eben ſowohl noch dem 31ten December, wie dem 1ten Januar angehört. Denn, da hier civiliter gerechnet wird, ſo iſt, nach Marcians richtiger Anſicht, der Teſtator ſchon in jenem Moment für einen Solchen zu achten, welcher das vierzehnte Jahr vollendet hat.

Ob in dieſer Darſtellung der Sinn der Stelle richtig aufgefaßt ſei, das hängt hauptſächlich davon ab, wie die Worte »pridie Kalendarum . . post sextam horam noctis« auszulegen ſind. Muß der Ausdruck »post sextam horam noctis« von der Zeit nach Mitternacht verſtanden werden, ſo iſt die Darſtellung unrichtig; Ulpian ſpricht dann nicht von der dem natürli-

Digitized by Google

chen Tage des 31ten Decembers folgenden, sondern von der demselben vorangehenden Nacht; und das Resultat ist, daß ein am 1ten Januar Geborner, gegen die sonstige Regel der civilen Computation, nicht erst mit dem Anfange des 1ten Januars, sondern schon mit dem Anfange des 31ten Decembers zur Testamentsmündigkeit gelangt. Allein es ist durchaus nicht nöthig, jenes »post sextam horam noctis« für die Zeit zu nehmen, welche der sechsten Nachtstunde folgt. Vielmehr läßt es sich, nach der Analogie desjenigen, was in einer anderen Stelle [6]) über die Bedeutung des Ausdruckes »post diem decimum Kalendarum« gesagt wird, füglich auf die sechste Stunde selbst beziehen; nur daß allerdings das »post« auf das Ende der Stunde hinzuweisen scheint, mit welchem der Anfang der folgenden Stunde zusammenfällt. Bei dieser Deutung kann es nicht befremden, dasjenige, was sich in der Mitternacht vom 31ten December auf den 1ten Januar zugetragen hat, als etwas bezeichnet zu sehen, was am 31ten December »post sextam horam noctis« vorgefallen sei. Aber nicht nur, daß man so auslegen kann; man muß es sogar, wie dies denn auch in der vorangehenden Darstellung geschehen ist. Denn nur, wenn man auf diese Weise interpretirt, macht die Berechnung der Testamentsmündigkeit von der Regel der civilen Computation keine Ausnahme; und eine solche vorauszusetzen, fehlt es an jedem zureichenden Grunde [7]).

§. 201.

C. Einzelne Bemerkungen.

Zunächst habe ich Einiges zu bemerken über ein Paar von Vielen mißverstandene Stellen, welche sich auf die natürliche Computation beziehen.

Die erste derselben ist die L. 101. D. d. R. J.:

»Ubi Lex duorum mensium fecit mentionem, et qui sexagensimo et primo die venerit, audien-

6) L. 132. pr. D. d. V. S. (S. §. 201. Note 3.)

7) Vgl. Unterholzner a. a. O. S. 304—308.

dus est: ita enim et Imperator Antoninus cum Divo Patre suo rescripsit.«

Worauf eigentlich die Monatsfrist sich beziehe, von welcher Zeit die Rede ist, läßt sich nicht mit Bestimmtheit angeben. Auf keinen Fall aber sind wir genöthigt, der Stelle die Deutung zu geben, als ob ihr zu Folge zwei Monate nicht = sechzig, sondern = einundsechzig Tage wären. Diese Stelle erklärt sich sehr leicht und einfach dadurch, daß wir sie auf den Begriff der natürlichen Computation beziehen. Nämlich, berechnen wir eine zweimonatliche Frist, oder, was dasselbe sagt, berechnen wir eine Frist von sechzig Tagen dergestalt, daß wir nicht schon mit dem ersten Augenblicke eines bestimmten Kalendertages anfangen, sondern erst mit irgend einem spätern Momente, der in den Verlauf dieses Kalendertages fällt; so ist es ja klar, daß der Ablauf und die Vollendung des sechzigsten Zeittages auf den einundsechzigsten Kalendertag fallen muß. Z. B. wenn wir mit der Mittagsstunde anfangen; so ist der erste Zeittag zu Ende am Mittag des zweiten Kalendertags, und daher geht der sechzigste Zeittag erst am Mittag des einundsechzigsten Kalendertages zu Ende. Wenn also derjenige, welcher innerhalb der zweimonatlichen Frist um etwas nachzusuchen, oder etwas einzubringen hat, sich am einundsechzigsten Kalendertage meldet, so muß er noch gehört werden; — gar nicht weil zwei Monate überhaupt mehr als sechzig Tage ausmachen — sondern bloß darum, weil naturaliter gerechnet werden kann, und dem Betheiligten also verstattet werden muß, nachzuweisen, daß in dem Augenblicke, wo er sich meldet, der sechzigste Zeittag noch nicht zu Ende sei.

Eine andere Stelle, welche sich auf die natürliche Computation bezieht, die L. 6. D. d. O. et A. XLIV, 7. lautet so:

»In omnibus temporalibus actionibus, nisi novissimus totus dies compleatur, non finit obligationem [1]).«

Der Jurist denkt sich, daß Jemand gegen einen Andern eine

1) Die Vulg. hat: »non finitur obligatio.«

Digitized by Google

Forderung hat; daß ein Zahlungstag, aber keine Zahlungsstunde bestimmt ist; daß der Schuldner keine Zahlung leistet; und daß die aus der Forderung entspringende Klage der Verjährung unterworfen ist, was zur Zeit der classischen Juristen noch keineswegs Regel war. In einem solchen Falle nun, wo nur der Tag der Zahlung bestimmt ist, da hat der Schuldner bis zum letzten Augenblicke dieses Tages Zeit; erst wenn auch dieser verflossen ist, ohne daß die Zahlung erfolgte, erst dann kann der Gläubiger klagen [2]). Erst jetzt kann also auch der Lauf der Verjährung beginnen. Und hieraus folgt dann weiter: wie die Verjährung mit dem letzten Augenblicke eines bestimmten Tages ihren Anfang nimmt, so wird sie, wenn wir a momento ad momentum rechnen, auch nicht eher für vollendet geachtet werden können, als bis der letzte Tag, an welchem die Klage möglicher Weise noch angestellt werden kann, ganz und gar zu Ende gegangen ist; erst dann wird ihr der Schuldner eine Temporis exceptio entgegensetzen können; erst dann wird sich von der Obligatio, worauf sie sich bezieht, sagen lassen, sie sei per exceptionem aufgehoben. Dies ist es, was in unserer Stelle der Jurist ausdrücken will.

Das Bisherige bezog sich auf die natürliche Computation. Nun ist aber auch noch Einiges anzuführen in Betreff der civilen Computation. Was ich über diese früher vorgetragen habe, das bezog sich auf die Regel. Jetzt ist auch auf einige unregelmäßige Fälle Rücksicht zu nehmen.

Nach den unten angeführten Stellen [3]) soll ein Kind für einen Anniculus, d. h. für ein Kind von Einem Jahre gehalten werden, nicht erst, wie die Regel der civilen Computation es mit sich bringt, mit dem Ende, sondern schon mit dem Anfange

2) §. 2. I. d. V. O. III, 15. (16.)

3) L. 134. D. d. V. S. »Anniculus non statim ut natus est, sed trecentesimo sexagesimo quinto die dicitur, incipiente plane, non exacto die, quia annum civiliter non ad momenta temporum, sed ad dies numeramus.« L. 132. pr. D. eod. »Anniculus amittitur, qui extremo anni die moritur, et consuetudo loquendi id ita esse declarat: ante diem decimum Kalendarum, post diem decimum Kalendarum; neutro enim sermone undecima dies significatur.« Beide Stellen sind entnommen aus Paulus ad legem Juliam et Papiam.

Digitized by Google

des dreihundert fünfundsechzigsten Kalendertages. Es muß diese Bestimmung in Beziehung gestanden haben zu der **Lex Julia et Papia Poppaea**, da die angeführten Stellen aus einem Commentar über diese Lex gerade genommen sind. Die Art der Beziehung kennen wir nicht. Jeden Falls ist sie dem Justinianischen Rechte fremd. Wenn also jene Stellen nicht etwa aus bloßem Versehen in die Pandekten aufgenommen sind, so können sie für das Justinianische Recht nur die Bedeutung haben: wenn die Entstehung rechtlicher Verhältnisse durch Vertrag oder durch Testament von der Existenz eines **Anniculus** abhängig gemacht ist, so wird zum Vortheil desjenigen, dessen Recht auf diese Weise bedingt ist, das in Frage stehende Kind schon mit dem Beginn des dreihundert fünfundsechzigsten Kalendertages für einen **Anniculus** gehalten.

Ferner gehört hierher die **L. 8. D. d. muneribus et honoribus. L, 4.** Hier wird davon gesprochen, daß Minderjährige zu **honores** nicht zugelassen werden, daß man sie jedoch in dieser Beziehung schon mit dem Anfange des fünfundzwanzigsten Jahres den Großjährigen gleichstelle. Hier haben wir also auch eine singuläre Bestimmung. Für uns ist sie unpraktisch.

Nach der bisher gelieferten Darstellung dieser Lehre sind nun noch die Ansichten einiger anderer Rechtsgelehrten über diese Materie zu erwähnen: es sollen hier indessen nur die wichtigsten Abhandlungen über diesen höchst controversen Gegenstand angeführt, zugleich in der Kürze die Ansichten der Verfasser bezeichnet werden. Im Wesentlichen übereinstimmend mit der hier gegebenen Darstellung ist die Ansicht Gmelins in seinem Aufsatze: Ueber Zeit und Zeitberechnung nach Römischen Rechtsprincipien; in dem kritischen Archiv der neuesten juridischen Litteratur und Rechtspflege von Danz, Gmelin und Tafinger. Bd. 1. S. 577. folg.

Dagegen weichen von derselben ab:

1. Unterholzner, Ausführliche Entwickelung der Verjährungslehre. §. 90. Der Verfasser setzt der pünktlichen Rechnung (von Augenblick zu Augenblick) die Rechnung von Tag auf Tag entgegen. Bei dieser unterscheidet er wieder zwei Arten. Ent-

Digitized by Google

weder, sagt er, man läßt die Zeit fortlaufen, bis der letzte Tag, d. h. derjenige, in welchen bei einer pünktlich genauen Zeitberechnung der Schlußpunkt fällt, völlig beendet ist; oder man nimmt den Schluß mit dem Anfange des letzten Tages an. Die erste Art der Berechnung läßt er bei dem „Erlöschen klagbarer Rechte durch die Nichtausübung des Klagerechts“ eintreten; die zweite nicht blos bei der Usucapion u. s. w., sondern auch bei dem Anniculus.

2. Koch, Belehrungen über Mündigkeit zum Testiren, Civilzeitcomputation und Schalttag. Gieß. 1796. 8.; Bestätigung der Belehrungen über Mündigkeit u. s. w. Ebendas. 1798. 8. Vor Marcianus soll die einstimmige Ansicht der Römischen Juristen von der Civilcomputation diese gewesen sein: der zu berechnende Zeitraum ist mit dem Eintritt desjenigen Kalendertages, auf welchen der Schluß des letzten Zeittages fällt, für abgelaufen zu achten; ein Jahr also mit dem Anfange des dreihundert sechsundsechzigsten Kalendertages. Marcianus aber und Ulpianus sollen eine neue Theorie aufgestellt haben: es genüge, wenn auch nur erst der nächst vorhergehende Kalendertag, d. h. derjenige, in dessen Laufe der letzte Zeittag beginnt, seinen Anfang genommen habe; also bei einem Jahre der dreihundert fünfundsechzigste Kalendertag. Diese Theorie soll im Justinianischen Rechte anerkannt sein, und so gut auf die Usucapion, wie auf die Testamentsmündigkeit u. s. w. Anwendung finden.

3. Hagemeister, Ueber die Mündigkeit zum Testiren; in Hugo's civilist. Magazine. Bd. 3. S. 1. folg. Im Resultate stimmt der Verfasser mit Koch überein, nicht aber in der Art der Begründung. Seiner Ansicht nach, waren die Römischen Juristen darüber einverstanden, daß, im Fall civiler Computation, das Jahr schon mit dem Anfange des dreihundert fünfundsechzigsten Kalendertages für beendigt zu halten sei.

4. Erb, Ueber den Annus civilis der Usucapion; in Hugo's civilist. Magaz. Bd. 5. S. 189. folg. Der Verfasser nimmt für die civile Computation als Regel an, daß zur Beendigung eines Zeitraumes der Ablauf des letzten, noch ganz zu jenem Zeitraume gehörigen Kalendertages, erfordert werde, also bei ei-

Digitized by Google

ner Jahresfrist der Ablauf des dreihundert fünfundsechzigsten Kalendertages; und diese Regel wendet er insbesondere auf die Usucapion an, desgleichen auf den Erwerb einer Praescriptio temporis, wobei, seiner Meinung nach, auch civiliter gerechnet wird. In drei Fällen aber hält er es ausnahmsweise für hinreichend, wenn jener Tag auch nur erst seinen Anfang genommen hat; nämlich bei dem zur Manumission erforderlichen Alter, bei der Testamentsmündigkeit, und bei dem Anniculus.

Digitized by Google

Erstes Buch.
Allgemeine Lehren.

Achtes Kapitel.
Von dem Besitze *).

I. Von dem eigentlichen Besitze. (§. §. 202-214.).

† INST. IV, 15. De interdictis. — † DIG. XLI, 2. De acquirenda vel amittenda possessione. — † COD. VII, 32. De acquirenda et retinenda possessione.

A. Rechtliche Natur. (§. §. 202-206.)

§. 202.

a. Begriff und rechtliche Beziehungen.

I. Begriff.

In der vulgären Bedeutung bezeichnet der Ausdruck Besitz jede Innehabung einer Sache; in diesem vulgären Sinne wird auch die bloße Detention einer Sache, Besitz genannt. Aber in der technischen Bedeutung sind Besitz und Detention verschieden; in dieser macht die Detention nur einen Theil aus von demjenigen, was zum Besitz gehört. Und deshalb müssen wir denn bei der Begriffsbestimmung des Besitzes ausgehen von dem Begriffe der Detention. Unter Detention aber wird verstanden ein äußerliches Verhältniß zu einer Sache, vermöge des-

*) Friedr. Carl v. Savigny, Das Recht des Besitzes. Gieß. 1803. 8. — 5te Aufl. Ebendas. 1827. 8. — 6te Aufl. Ebendas. 1837. 8.

Digitized by Google

sen es uns physisch möglich ist, dieselbe willkürlich und ausschließlich zu behandeln; möglich also, selbst darauf einzuwirken; möglich aber auch jeden Anderen außer uns, an der Einwirkung darauf zu hindern. Dieß letztere, die Hinderung Anderer ist nun aber nicht so zu nehmen, als setze der Begriff der Detention die Möglichkeit voraus, jede fremde Einwirkung absolut zu vernichten. Nein; es genügt schon die bloße Möglichkeit eines Widerstandes, gegen fremde Einwirkung, dieser Widerstand sei so gering er wolle. Wenn nun aber das in der Detention enthaltene äußerliche Verhältniß zu einer Sache verbunden ist mit dem Willen, mit der Absicht, die Sache wirklich nach Willkür und ausschließlich zu behandeln: so geht dann die Detention über in den Begriff des Besitzes. Woraus sich ergibt, daß der Begriff des Besitzes zweierlei voraussetzt:

1. ein gewisses äußerliches, körperliches Verhältniß zu einer Sache;

2. eine gewisse damit in Uebereinstimmung stehende Bestimmung des Willens.

Ferner ergibt sich nun aber aus dem Gesagten: daß in dem Besitze etwas Factisches enthalten ist, genau entsprechend dem rechtlichen Verhältnisse, welches in dem Begriffe des Eigenthums gedacht wird. Nämlich: Eigenthum ist das Recht eine bestimmte Sache nach Willkür, und ausschließlich zu behandeln; Besitz aber ist ein factischer Zustand, in welchem man dieses kann und will.

II. Rechtliche Beziehungen.

Bleiben wir stehen bei dem bloßen Begriffe des Besitzes, so können wir dem Besitze keine andere rechtliche Beziehung beilegen als diese: Wer Eigenthümer einer Sache ist, der hat Anspruch auch auf den Besitz der Sache. Von diesem Gesichtspunkte aus erscheint der Besitz bloß als eine Folge, als eine Wirkung eines anderweitigen Rechtes. Aber der Besitz hat außerdem auch noch rechtliche Beziehungen, welche sich aus dem bloßen Begriffe desselben nicht ergeben: der Besitz selbst bringt rechtliche Folgen hervor; und inwieweit dieses der Fall ist, insoweit pflegt man den Besitz einen juristischen zu nennen.

Digitized by Google

Die rechtlichen Folgen aber, welche aus dem Besitze hervorgehen, sind von doppelter Art:

Erstens: Die eigenmächtige Verletzung des Besitzes wird als ein Vergehen, als ein Maleficium angesehen, dergestalt, daß der Besitzer einer Sache schon allein um dieses Besitzes willen ohne alle Rücksicht auf das Recht selbst, welches er sich an der Sache beilegen mag, dagegen geschützt wird. Es stehen ihm zu diesem Behuf eigene Klagen zu Gebote, welche sich aus dem prätorischen Rechte herschreiben, und welche in die Kategorie derjenigen gehören, welche Interdicta genannt werden (s. oben §. 143). Diese zum Schutze des Besitzes angeordneten Interdicte nennt man, eben weil sie auf dem Besitze beruhen, possessorische Interdicte.

Zweitens ist der Besitz auch ein Mittel, Eigenthum zu erwerben. Dieß ist der Fall bei der Occupation, bei der Tradition und bei der Usucapion.

Die hier bezeichneten rechtlichen Folgen sind nun aber an gewisse Voraussetzungen geknüpft; theils an solche, welche schon der Begriff des Besitzes an und für sich mit sich bringt; theils an solche, welche aus diesem bloßen Begriffe nicht abgeleitet werden können.

Und ferner: manche Voraussetzungen sind von der Art, daß sie überall vorhanden sein müssen, wo überhaupt der Besitz irgend rechtliche Folgen haben soll. Andere Voraussetzungen dagegen sind von der Beschaffenheit, daß durch sie nur einzelne rechtliche Folgen des Besitzes bedingt sind.

Die Lehre nun von den rechtlichen Folgen selbst, welche der Besitz mit sich führt, desgleichen die damit genau zusammenhängende Angabe der eigenthümlichen Bedingungen, von welchen diese oder jene einzelne rechtliche Folge abhängig ist, dies Alles gehört in den besondern Theil des Privatrechts. Nämlich: die Lehre von den possessorischen Interdicten und von demjenigen, was zu dem Besitze hinzukommen muß, damit Jemand veranlaßt und berechtiget sein könne, sich dieses oder jenes einzelnen possessorischen Interdicts zu bedienen: das ist etwas was in die Lehre von den Obligationen gehört und namentlich in den Abschnitt von den Obligationen aus Vergehungen (s. §. 605 folg.)

Digitized by Google

Was aber anlangt den Erwerb des Eigenthums durch Besitz, so findet diese rechtliche Folge nebst den besondern Bedingungen, an welche sie geknüpft ist, ihre Stelle in der Lehre von den dinglichen Rechten, und namentlich in dem Abschnitte vom Eigenthume §. §. 245. 257. 277.

Dagegen gehören die allgemeinen Voraussetzungen, ohne welche der Besitz überall gar keine rechtlichen Folgen hat, ohne welche also das Dasein eines juristisch wirksamen Besitzes überhaupt gar nicht angenommen werden kann, in den allgemeinen Theil des Privatrechts.

Diese allgemeinen Voraussetzungen stehen nun aber doch, ungeachtet ihrer Allgemeinheit, zu der Theorie von den possessorischen Interdicten in einer besonders nahen Beziehung. Nämlich die possessorischen Interdicte setzen jederzeit zweierlei voraus: Besitz und Verletzung des Besitzes. Die Verletzung nun des Besitzes gehört gar nicht hierher. Was aber anbetrifft das Erforderniß des Besitzes selbst, so finden wir: nur dann, wenn der Besitz so geartet ist, daß, im Fall der Verletzung, die possessorischen Interdicte eintreten, nur dann ist es möglich, daß er auch anderweitige rechtliche Folgen habe. Und so kann man sagen: die Lehre von dem Dasein des juristischen Besitzes überhaupt, die Lehre von den allgemeinen Bedingungen eines solchen Besitzes — fällt zusammen mit der Beantwortung der Frage: wie muß der Besitz beschaffen sein, wenn das Recht der possessorischen Interdicte soll eintreten können?

§. 203.

b. Römischer Sprachgebrauch.

Die Kenntniß des Sprachgebrauchs ist in dieser Materie von ganz besonderer Wichtigkeit. Uebrigens ist es *viererlei*, worüber hier Auskunft zu geben sein wird.

Zuerst über die Bedeutung des Ausdrucks **Possessio** und den Gegensatz zwischen **Possessio** schlechthin und **naturalis possessio**.

Possessio bezeichnet bisweilen ein im Besitz befindliches Grundstück; gerade wie wir *Deutschen* sagen: *Besitzung*. In dieser Bedeutung nehmen wir hier den Ausdruck *nicht*.

Digitized by Google

Eine fernere Bedeutung von Possessio iſt: jede Innehabung einer Sache, ſei es nun, daß man eine Sache beſitze, oder auch nur detinire. In dieſer Bedeutung kommt Possessio überein mit unſerm deutſchen Beſitz im vulgären Sinne des Worts. Und wie ſo Possessio gebraucht wird, ſo auch das Zeitwort possidere.

In der engeren, eigentlich techniſchen Bedeutung aber, da beziehen ſich die Ausdrücke Possessio und possidere nur auf Beſitz und zwar nur auf den juriſtiſchen Beſitz. Wogegen denn jede Innehabung, inwieweit ſie kein juriſtiſcher Beſitz iſt, naturalis possessio genannt wird, desgleichen corporalis possessio. — Soll der Begriff der naturalis possessio durch Zeitwörter ausgedrückt werden, ſo bedienen ſich die Römiſchen Juriſten folgender Ausdrücke: naturaliter possidere; naturaliter tenere; desgleichen corporaliter tenere; ferner tenere ſchlechthin, ohne Zuſatz; auch in possessione esse [1]).

Zweitens iſt zu erörtern die Bedeutung der Ausdrücke »civilis« und »civiliter,« inwieweit ſie in Beziehung auf den Beſitz gebraucht werden. Die durch ſie angedeutete Beziehung auf das Jus civile iſt eine zwiefache:

Erſtens werden die Ausdrücke civilis possessio und civiliter possidere gebraucht, um die Beziehung des Beſitzes auf eine durch das Civilrecht beſtimmte Wirkung zu bezeichnen. In dieſem Sinne wird von demjenigen geſagt, daß er civiliter beſitze, daß ſeine Possessio eine civilis ſei, deſſen Beſitz die beſonderen Eigenſchaften hat, welche zur Uſucapion erforderlich ſind. Die Uſucapion iſt etwas dem Civilrecht in doppelter Hinſicht Angehöriges. Sie iſt etwas Civiles, inſofern ſie ſich nicht aus dem Jus gentium herſchreibt. Sie iſt aber ferner etwas Civiles auch inſoweit, als ſie nicht auf dem Jus honorarium beruht. Der Gegenſatz nun gegen den für die Uſucapion geeigneten Beſitz wird bezeichnet durch naturalis possessio und naturaliter possidere. — Beide zuletzt er-

1) L. 3. §. 3. L. 10. §. 1. L. 24. L. 49. §. 1. D. h. t. L. 9. D. d. R. V. VI, 1. L. 7. pr. D. d. damno infecto. XXXIX, 2. in den Worten: »Eum, cui ita non cavebitur, in possessionem ejus rei ire, et cum justa causa esse videbitur, etiam possidere jubebo.«

Digitized by Google

wähnte Ausdrücke haben hier eine andere, eine weitere Bedeutung, als in jenem Gegensatze, von welchem zuerst, gleich im Anfange dieses Paragraphen die Rede war. Hier umfaßt der Ausdruck **naturalis possessio** jede Innehabung einer Sache, die nicht für die Usucapion geeignet ist. Auch der juristische Besitz, derjenige, welcher das Recht der possessorischen Interdicte begründet, ist eine **naturalis possessio**, sobald es ihm an den besondern Eigenschaften fehlt, welche der Usucapionsbesitz erfordert [2]).

Dieß nun wäre Eine Beziehung des Ausdrucks »**civilis**« und »**civiliter.**« Es gibt nun aber noch eine **andere**. Nämlich, wenn die Rede ist davon, daß Jemand **nicht** besitzt und der **Grund**, aus welchem der Besitz ihm abgesprochen werden muß, in dem Civilrechte zu suchen ist, so wird dieser Umstand gelegentlich dadurch angedeutet, daß von dem Nichtbesitzer gesagt wird »**civiliter eum non possidere**;« oder auch »**jure civili eum non possidere.**« In diesem Sinne heißt es namentlich von den Sclaven, »**possidere civiliter non possunt**,« sie sind des **possidere** unfähig aus Gründen des Civilrechts [3]).

Drittens sind zu erklären die Ausdrücke **Justa** und **injusta possessio.**

In der **weiteren** Bedeutung bezeichnet **justa possessio** jeden Besitz, jede Detention, wozu man berechtigt ist. In der **engeren** Bedeutung wird die **justa possessio** insbesondere derjenigen entgegengesetzt, welche **vi**, oder **clam**, oder **precario** begonnen hat. In der weiteren Bedeutung nun ist der Begriff der **justa possessio** wichtig für die Lehre von der Usucapion; in der engeren kommt er bei gewissen Interdicten in Betracht — aber für die Lehre vom Besitze im Allgemeinen ist der Unterschied zwischen **justa** und **injusta possessio**, man mag ihn im weiteren oder engeren Sinne nehmen, **ohne** Bedeutung [4]).

2) Dies erhellet aus **L. 3. §. ult. D. ad exhib. X, 4.** zu vergleichen mit **L. 16. D. d. usurpat. et usuc. XLI, 3. L. 1. §. §. 9. 10. D. d. vi. XLIII, 16.** zu vergleichen mit **L. 26. pr. D. d. donat. int. Vir. et Uxor. XXIV, 1.** und **L. 1. §. 2. D. pro donato. XLI, 6. L. 2. §. 1. D. pro herede. XLI, 5.** Savigny a. a. O. §. 7. (6te Aufl. S. 67. folg.)

3) cit. **L. 24. D. h. t. L. 38. §. §. 7. 8. D. d. V. O. XLV, 1.** Savigny a. a. O. (6te Aufl. S. 80. folg.)

4) Vergl. **L. 1. §. ult. L. 2. D. uti possidetis. XLIII, 7. L. 3.**

Digitized by Google

Viertens sind noch zu erklären die Ausdrücke **Bonae fidei possessio** und **malae fidei possessio**. Im Allgemeinen wird jeder Besitz und jede Detention insoweit eine **Bonae fidei possessio** genannt, als der Besitzer oder Detentor in der Ueberzeugung ist, den rechtlichen Grund, worauf es gerade ankommt, für sich zu haben. Das Gegentheil wird mit dem Ausdruck **Malae fidei possessio** bezeichnet. Z. B. wenn Jemand, der eine fremde Sache besitzt, sich als Eigenthümer derselben gerirt. Auf die Lehre nun vom Besitze an und für sich hat der Unterschied zwischen **Bonae** und **malae fidei possessio** keinen Einfluß, wohl aber ist er in mehr als Einer Beziehung wichtig für die Lehre vom Eigenthum, namentlich für den Erwerb durch Usucapion.

§. 204.

c. Ursprünglicher und abgeleiteter Besitz [1]).

An und für sich kann nur der als Besitzer gelten, welcher mit der Detention die Absicht verbindet, die Sache, welche er detinirt, ausschließlich und nach Willkür zu behandeln. Ist aber das seine Absicht, so will er die Sache als **seine eigene behandeln**, er will sich als Eigenthümer geriren, gleichviel übrigens, ob er es wirklich ist, oder nicht. Also der **Animus**, den er hat, ist der **Animus rem sibi habendi**, es ist der **Animus domini**.

Aber durch positive Bestimmungen ist an den Besitz das Recht der possessorischen Interdicte geknüpft, und dieses ist etwas, was sich übertragen läßt. Es ist daher möglich, daß derjenige, welcher als Eigenthümer besitzt, einem Andern die Detention der Sache mit der Befugniß einräumt, sich gegen eigenmächtige Eingriffe der possessorischen Interdicte zu bedienen, ohne daß er ihm deshalb zugleich auch gestatten müßte, sich als Eigenthü-

§. 5. D. h. t. »quoniam in summa possessionis non multum interest, juste quis an injuste possideat.«

1) Diesen Unterschied hat vornämlich Savigny geltend gemacht a. a. O. §. 9. (6te Aufl. S. 125. folg.) Bestritten ist die Statthaftigkeit dieser Unterscheidung durch: v. Schröter, Ueber den abgeleiteten Besitz; in der Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß. Bd. 2. S. 233. folg. Ich halte indessen dieselbe fortdauernd für begründet, und von wesentlicher Wichtigkeit.

Digitized by Google

mer zu geriren. Wenn nun der Uebertragende dieses letztere nicht gestattet, und der Andere in den Schranken der ihm eingeräumten Befugnisse stehen bleibt, so werden wir sagen müssen: dieser Andere detinirt die Sache, und er verbindet damit allerdings auch einen auf den Besitz gerichteten Animus; denn er macht Anspruch auf das aus dem Besitze hervorgehende Recht der possessorischen Interdicte — aber daran denkt er nicht, daß er sich als Eigenthümer geriren will — und sonach ist sein Animus kein Animus domini. Dies vorausgeschickt kann ich nun die Ausdrücke ursprünglicher und abgeleiteter Besitz erklären.

Wo der Besitz mit dem Animus domini verbunden ist, da nennt man ihn einen ursprünglichen. Wo aber der Besitz auf einer Uebertragung beruht, ohne zugleich verbunden zu sein mit dem Animus domini, da nennt man ihn einen abgeleiteten Besitz. Und in Beziehung auf diesen Unterschied sagt man dann ferner: Jeder Besitz erfordert eine gewisse Willensbestimmung, eine auf den Besitz gerichtete Absicht, also einen Animus possidendi. Dieser Animus possidendi aber ist verschieden, je nachdem der Besitz ein ursprünglicher ist, oder ein abgeleiteter. Bei dem ursprünglichen Besitze ist der Animus possidendi ein Animus domini, bei dem abgeleiteten ist er zwar auf den Gebrauch der possessorischen Interdicte, nicht aber auf Ausübung des Eigenthums gerichtet.

Die Begründung eines abgeleiteten Besitzes ist indessen keine Sache, welche ganz und gar der Willkür desjenigen überlassen wäre, welchem der ursprüngliche Besitz zukommt, sondern es wird ein abgeleiteter Besitz nur in gewissen Fällen, nur in gewissen Verhältnissen anerkannt. Diese Fälle sind folgende:

1. Die Innehabung eines Gegenstandes von Seiten desjenigen, dem daran ein emphyteutisches Recht eingeräumt ist. Diese Innehabung ist jederzeit eine Possessio — aber es ist keine Possessio mit dem Animus domini, sondern nur ein abgeleiteter Besitz [2]).

2. Wenn Jemand eine von ihm besessene Sache zu Pfand gibt, hat die Innehabung des Gläubigers den Charakter eines ju-

2) Savigny, §. 24. (6te Aufl. S. 336)

ristischen Besitzes — aber es ist eine Innehabung ohne den **Animus domini**, der Besitz ist also ein abgeleiteter Besitz [3]).

3. Denken wir uns, daß Jemanden eine Sache **precario** eingeräumt wird, d. h., daß ihm die Innehabung derselben gestattet wird, aber so, daß er die Sache zurückgeben soll, sobald dies von ihm verlangt wird. Diese Innehabung wird **in der Regel** als ein abgeleiteter Besitz betrachtet [4]).

4. **Zuweilen** wird auch mit dem **Depositum** die Verleihung eines abgeleiteten Besitzes verbunden. Dieser Fall nämlich kann bei der **Sequestration** einer Sache vorkommen, von welcher besonderen Art der Deposition im §. 486 wird gehandelt werden. Außerdem erhält der Depositar nur die Detention, nicht den Besitz der Sache [5]).

5. Zweifelhaft ist es, ob demjenigen, der ein Gebäude, als **Superficiarius** inne hat, ein abgeleiteter Besitz zugeschrieben werden könne. Einige Stellen [6]) scheinen dafür, eine andere Stelle [7]) scheint dagegen zu sprechen. Die Neueren sind über das aus dieser Stelle zu ziehende Resultat getheilter Meinung. **Savigny** spricht dem Superficiar den Besitz des Gebäudes ab [8]). **Unterholzner** legt dem Superficiar Besitz bei [9]). Ich stimme **Savigny** bei.

§. 205.

d. Subjecte.

I. Persönliche Fähigkeit.

Die Beantwortung der Frage, wer des Besitzes fähig sei, und wer nicht, beruht nach Römischem Recht auf folgenden beiden Grundsätzen:

1. Wer selbst besessen wird, kann überall keinen Besitz haben; er kann detiniren, aber nicht besitzen [1]).

3) L. 35. §. 1. D. d. P. A. XLI, 7. L. 16. D. d. usurp. et usuc. XLI, 3.

4) Vgl. L. 4. §. 1. D. d. precario. XLIII, 26. L. 10. §. 1. D. h. t.

5) L. 17. §. 1. D. depositi. XVI, 3. L. 39. D. h. t.

6) L. 1. §. §. 1. 2. D. d. superficieb. XLIII, 18.

7) L. 3. §. 7. D. uti possidetis. XLIII, 17.

8) Savigny, §. 23. (6te Aufl. S. 331. folg.)

9) Unterholzner, Ausführliche Entwickel. der Verjähr. Lehre. §. 237.

1) L. 1. §. 6. D. h. t. L. 118. D. d. R. J.

Digitized by Google

2. Wer rechtsunfähig ist, kann wenigstens keinen juristischen Besitz haben.

Aus diesen beiden Grundsätzen folgt: Sclaven, desgleichen solche Freie, die als Sclaven besessen werden, sind des Besitzes unfähig. Dasselbe gilt nach älterem Recht auch von Kindern unter väterlicher Gewalt. Sie selbst wurden besessen, nämlich von dem Parens, in dessen Gewalt sie sich befanden. Auch konnten sie für sich selbst keine Rechte erwerben.

Nach späterem, nämlich Justinianischem Rechte sind indessen Kinder unter väterlicher Gewalt in Bezug auf Sachen, die zu ihrem castrense oder quasi castrense peculium gehören, des Besitzes allerdings fähig [2]), und ebenso in Bezug auf das sogenannte Peculium adventitium. Hiermit steht auch nicht im Widerstreit die L. 93 d. R. J. [3]). Wenn in dieser Stelle dem Filiusfamilias der Besitz an rebus peculiaribus abgesprochen wird, so sind darunter solche Sachen zu verstehen, die zu dem s. g. Peculium profectitium des Filiusfamilias gehören. Diese besitzt allerdings nicht der Filiusfamilias, sondern der Parens. Der Filiusfamilias ist hier als eine bloße Mittelsperson zu betrachten.

Was das heutige Recht betrifft, so müssen wir sagen: Da wir die Sclaverei nicht kennen, so gibt es bei uns Niemand mehr, der für den Besitz persönlich unfähig wäre.

II. Concurrenz mehrer Subjecte in Bezug auf den Besitz einer und derselben Sache.

Es ist möglich, daß ein Anderer, als wir, die Detention der Sache habe, während wir die Sache besitzen, indem jener in Bezug auf uns eine bloße Mittelsperson ist; er ist nostro nomine in possessione [4]). Nämlich: wenn ich Jemanden die Detention einer Sache dergestalt überlasse, daß er diese nicht in eigenem Namen geltend machen soll, sondern vielmehr in meinem Namen, so wird nun der Andere, wenn er in diesem Sinne die Sache

2) L. 4. §. 1. D. d. usurp. et usuc. XLI, 3.

3) »Filiusfamilias neque retinere, neque recuperare, neque adipisci possessionem rei peculiaris videtur.«

4) L. 9. D. h. t.

Digitized by Google

detinirt, überall gar nicht als Besitzer anzusehen sein; sondern ich bin es, welcher besitzt. Die Detention in der Person des Andern, der insofern nur als Werkzeug erscheint, ist die meinige, und eben so ist auch nur in mir der Animus possidendi vorhanden, woraus denn folgt, daß ich besitze. Daß es sich also verhalte, wenn der Andere die Sache bloß zu meinem Vortheil inne hat, z. B. als Bevollmächtigter, als Verwalter, als bloßer Depositar, das ist auf den ersten Blick einleuchtend [5]).

Aber auch da kann der Besitz der unsrige sein, wo derjenige, welchem wir die Detention der Sache eingeräumt haben, nicht bloß darauf beschränkt ist, unser Interesse wahrzunehmen, sondern ihm vielmehr gestattet ist, die Detention derselben zu seinem eigenen Vortheil zu benutzen. Und dies erfordert noch eine weitere Erörterung. Es gehört dahin namentlich der Fall, da ich ein von mir besessenes Landgut verpachte. Hier gereicht die dem Pächter eingeräumte Detention des Gutes zu dessen eigenem Vortheil; er wird dadurch in den Stand gesetzt, für sich das Gut zu bewirthschaften, es zu bebauen, sich die Früchte desselben anzueignen, und doch ist nicht er Besitzer des Gutes, sondern ich bin es nach der Verpachtung so gut, wie vorher. Denn, daß der Pächter, so lange er sich als Pächter gerirt, — und das setzen wir hier voraus, — daß, sage ich, der Pächter so lange den Animus domini nicht haben kann, das liegt am Tage: Niemand kann seine eigene Sache pachten oder miethen. Also der Regel nach kann man dem Pächter keinen ursprünglichen Besitz beilegen. Aber selbst an demjenigen Animus possidendi, welcher für den abgeleiteten Besitz erforderlich ist, und welcher sich bloß auf das Recht der possessorischen Interdicte bezieht, selbst an diesem muß es ihm fehlen; denn der Pachtvertrag ist nicht von der Art, daß er die Rechte des Besitzes auf den Pächter übertrüge: der Pächter hat die zum Schutz des Besitzes angeordneten Interdicte nicht. Also, da es dem Pächter, als solchem, nothwendig an der Einen Hauptbedingung für den Besitz fehlt, nämlich an der dazu erforderlichen Willensbestimmung, an dem Animus possidendi, so folgt, daß er nicht Besitzer ist. Viel-

5) §. 5. I. d. interd. IV, 15. cit. L. 9. D. h. t.

Digitized by Google

mehr bin ich, der Verpächter, fortdauernd im Besitze des Gutes, und der Pächter ist als ein Solcher anzusehen, durch den ich meinen Besitz ausübe. Und was ich hier von dem Pächter eines Landguts gesagt habe, dasselbe gilt von jedem Miether, und ebenso von dem Commodatar [6]).

Ferner gilt das eben Gesagte auch in dem Fall, da dem Einen das Eigenthum an eine Sache zusteht, und der Andere als Usufructuar die Detention der Sache hat; hier ist es nicht der Usufructuar, welchem der Besitz der Sache zugeschrieben wird, sondern der Eigenthümer [7]). Wenn von dem Usufructuar in einer anderen Stelle [8]) gesagt wird, er besitze die Sache naturaliter, so soll dadurch das bloße Verhältniß der Detention bezeichnet werden. — Allerdings wird dem Fructuar auch Besitz und sogar juristischer Besitz beigelegt — aber dieser Besitz, den man ihm beilegt, ist keine Possessio, sondern nur eine Quasipossessio, wovon in den §. §. 215. 216. die Rede sein wird. Das hier in Bezug auf den Usufructuar Vorgetragene gilt auch vom Usuarius und überhaupt von jedem Inhaber einer Servitut, deren Ausübung mit der Detention der belasteten Sache verbunden ist.

Wir haben in dem Bisherigen gesehen, daß sehr füglich der Eine die Detention der Sache haben kann, während der Andere besitzt. Aber nun fragt es sich ferner, ist etwa auch das möglich, daß ihrer zwei oder Mehre eine und dieselbe Sache besitzen, oder steht dies mit dem in dem Begriffe des Besitzes enthaltenen Merkmale der Ausschließlichkeit in Widerspruch? Wir wollen uns zunächst den Fall der s. g. Compossessio denken: da besitzen ihrer Mehre eine Sache gemeinschaftlich in der Art, daß der Besitz jedes Einzelnen sich nicht auf das Ganze, sondern nur auf einen einzelnen, wenn schon nicht reell abgesonderten, sondern bloß gedachten, ideellen Theil bezieht. Eine solche Compossessio ist zulässig. Denn: obgleich das äußerliche Verhält-

6) cit. §. 5. I. d. interd.

7) §. 4. I. per quas person. II, 9.: ». . . . . fructuarius . . usucapere non potest . . quia non possidet . . . . . « L. 52. pr. D. h. t. (In dieser Stelle ist, gegen den Cod. Flor., mit andern Handschriften statt »namque impediri possessionem« zu lesen: »neque i. p.« S. Savigny, §. 23. (6te Aufl. S. 328.)

8) L. 12. pr. D. h. t.

Digitized by Google

niß zur Sache bei allen Mitbesitzern dasselbe ist, so wird doch das Störende, was hierin liegt, durch die Willensbestimmung der Einzelnen einigermaßen gehoben, indem aber Animus bei Keinem auf das Ganze gerichtet ist. Jeder will das äußerliche Verhältniß nur in Bezug auf einen Theil des Ganzen geltend machen, ohne in Bezug auf die übrigen Theile seine Mitbesitzer zu beeinträchtigen, eben wie diese ihrerseits keineswegeſ beabsichtigen, ihn von der Behandlung des Theils, worauf sein Animus gerichtet ist, auszuschließen. Allerdings nun liegt in dieser Theilung des Animus insofern etwas Anomales, als das äußerliche Verhältniß nicht ebenfalls getheilt ist — aber es ist immer eine Anomalie, die man sich kann gefallen lassen; wollte man dies nicht, so würden daraus oftmals große Unbequemlichkeiten entstehen.

Nun aber wollen wir annehmen, von Compossessio, von ideellen Theilen ist nicht die Rede, sondern von dem Besitze einer und derselben Sache ohne irgend eine Art von Theilung. Und da müssen wir dann sagen: Jenes Merkmal der Ausschließlichkeit in dem Begriffe des Besitzes macht es unmöglich, daß Mehre zugleich dieselbe Sache besitzen. Daher erkannten denn auch die Römischen Juristen von jeher die Regel an: »**Plures eandem rem in solidum possidere non possunt** [9]).«

Ein gleichzeitiger Besitz mehrerer Personen an derselben Sache ist denkbar nur durch Vermittelung einer Fiction, nämlich auf die Weise, daß man sagt: der Eine besitzt wirklich und im eigentlichen Sinne des Worts; der Andere aber ist anzusehen, als ob er besäße. Und in diesem Sinne nahmen in der That einige der älteren classischen Juristen in gewissen Fällen einen gleichzeitigen Besitz Mehrer an derselben Sache an [10]). Für das Justinianische Recht ist indessen diese Ansicht im Ganzen als antiquirt anzusehen. Sie findet Anwendung nur noch in einem

9) L. 5. §. 15. D. commodati. XIII, 6.: »..... Et ait, duorum .. in solidum ... possessionem esse non posse .....« L 3. §. 5. D. h. t.: »... plures eandem rem in solidum possidere non possunt .....«

10) cit. L. 3. §. 5. D. h. t. in den Worten »Sabinus tamen« u. s. w. L. 3. pr. D. uti possidetis. XLIII, 17. L. 15. §. 4. D. d. precario. XLIII, 26. Savigny, §. 11. (6te Aufl. S. 182. folg.)

Digitized by Google

einzigen Falle, der in der Lehre von der Usucapion näher wird erörtert werden. Hier will ich ihn nur ganz kurz bezeichnen: Ich besitze eine fremde Sache und befinde mich in conditione usucapiendi; jetzt gebe ich die Sache einem Andern zu Pfand; hier besitzt die Sache der Andere und nur er; ich aber werde zum Behuf der Fortsetzung der Usucapion angesehen, als ob ich besäße [11]).

§. 206.

e. Objecte.

Die Regel ist: nur Sachen können möglicher Weise besessen werden. Dieser Regel ist der im Römischen Recht anerkannte Besitz an Sclaven nicht entgegen, da Sclaven als Sachen behandelt werden. Wohl aber war es Ausnahme von der Regel, wenn das ältere Römische Recht dem Parens Besitz an den seiner Potestas unterworfenen Kindern zuschrieb; eine Ausnahme, die jedoch im Justinianischen Rechte nicht mehr vorkommt. Ich erinnere deshalb an den vorigen Paragraphen. Dagegen findet sich folgende Ausnahme auch noch im Justinianischen Rechte: man kann nach Römischem Rechte auch einen freien Menschen besitzen, sobald man ihn für einen Sclaven hält [1]). Außerdem findet an einem freien Menschen kein Besitz Statt [2]).

Also die Regel ist, nur Sachen können besessen werden; und zwar, nur körperliche Sachen [3]). Eine Folge davon ist diese: ein Begriffs-Ganzes, eine Universitas kann man nicht besitzen, wenn schon die einzelnen darin enthaltenen Sachen insgesammt körperliche Gegenstände sein mögen; denn das Ganze ist immer etwas Unkörperliches. Es ist daher eine bloße Folge dieses Satzes, wenn von einer Heerde gesagt wird [4]): die Heerde als solche, als Ganzes, könne nicht usucapirt werden — denn wie sich der Besitz nur auf die einzelnen Thiere, als einzelne bezieht, so auch die Usucapion.

11) L. 16. D. d. usurp. et usuc. XLI, 3.

1) §. §. 4. 5. I. per quas person. II, 9. L. 1. §. 6. D. h. t.

2) L. 23. §. 2. L. 30. §. 1. in f. D. h. t.

3) L. 3. pr. D. h. t.

4) In L. 30. §. 2. D. d. usurpat. et usuc. XLI, 3.

Digitized by Google

Aber auch gewisse körperliche Sachen sind ausgeschlossen. Nämlich: inwieweit Sachen dem Verkehr entzogen sind, insoweit kann der Besitz, den Jemand davon ergreifen mag, kein juristischer Besitz sein. Daher heißt es: »**locum religiosum aut sacrum non possumus possidere** [5]).«

B. Erwerb. (§. §. 207-210.)

§. 207.

a. Einleitung.

1. Der Besitz erfordert seinem Begriffe nach zweierlei: ein gewisses äußerliches Verhältniß zur Sache, und eine in Beziehung darauf stehende Bestimmung des Willens. Beides muß daher entstehen, wenn der Besitz erworben werden, wenn eine Besitzergreifung Statt finden soll. Eines allein ist nicht hinreichend. Dies wird in unseren Quellen so ausgedrückt: der Besitz werde erworben **corpore et animo**. Der Ausdruck »**Corpus**« geht auf das äußerliche Verhältniß, der Ausdruck »**Animus**« auf die Willensbestimmung [1]).

Die Handlung, wodurch das erforderliche äußerliche Verhältniß zur Sache begründet wird, pflegt man heutiges Tages mit dem Ausdruck Apprehension zu bezeichnen. Sie ist nach Maaßgabe des oben Gesagten mit der Besitzergreifung nicht Eins und dasselbe; sie ist nur ein Theil der Besitzergreifung. Soll sie zur Besitzergreifung werden, so muß der **Animus** hinzukommen. Das aber ist nicht nothwendig, daß Apprehension und Willensbestimmung gleichzeitig entstehen. Die Apprehension kann der Willensbestimmung vorangehen; aber zur Besitzergreifung wird sie allerdings erst in dem Augenblick, wo die Willensbestimmung hinzukommt.

2. Auf den Satz, daß der bloße **Animus** zur Besitzergreifung nicht genügt, bezieht sich die Regel »**neminem sibi ipsum causam possessionis mutare posse** [2]).« Diese Regel erfordert

5) Siehe **L. 3. §. 17. L. 30. §. §. 1. 3. D. h. t.**

1) **L. 3. §. 1. D. h. t.**: »Et apiscimur possessionem corpore et animo; neque per se animo, aut per se corpore . . . . . « **§. 5. in f. I. d. interd. IV, 15.**

2) **L. 3. §. 19. D. h. t.**: »Illud

nun aber eine weitere Erörterung. Es fragt sich zuerst — was heißt das, »causam possessionis sibi mutare?« Es heißt entweder das Verhältniß der Detention, in welchem man zu einer Sache steht, verwandeln in ein Verhältniß des Besitzes, oder auch dem Besitze, den man bereits hat, einen andern Grund unterlegen.

Zweitens fragt es sich: wenn dies in unserer Regel für unzulässig erklärt wird, wie ist das zu verstehen? Die Antwort ist: Niemand soll zu seinem Vortheil und zum Nachtheil eines Andern willkürlich, durch eine bloße Veränderung seines eigenen Willens, die Causa seiner Possessio verändern können. Ich sage: Niemand soll das durch bloße Willensänderung können. Anders wenn zugleich etwas Aeußerliches, das physische Verhältniß zur Sache Betreffendes hinzukommt. So wird uns namentlich gesagt: wer den Besitz einer Sache aufgibt, und ihn nun hinterdrein auf's Neue ergreift, der kann das aus einem ganz anderen Grunde thun, als derjenige war, auf welchem der frühere Besitz beruhete, ohne daß dies unserer Regel entgegen wäre [3]).

Ich habe ferner gesagt — es könne Niemand eine Veränderung in seinem Besitzstande durch eine rein willkürliche Willensänderung hervorbringen. Wo diese Willkür wegfällt, da wird allerdings eine Veränderung bewirkt werden können, auch ohne daß irgend etwas auf das physische Verhältniß zur Sache sich Beziehendes vorgeht. Also, sobald ein wirklicher Rechtsgrund vorhanden ist, oder auch nur bona fide als vorhanden angenommen wird; so fällt die Veränderung in dem Besitzstande nicht unter unsere Regel. Angenommen daher: ich detinire eine Sache im Namen des Eigenthümers und nun kaufe ich sie von diesem, und fange demgemäß an, sie als Käufer im eignen Namen zu besitzen: diese Veränderung ist der Regel nicht entgegen, ich mag nun von dem wirklichen Eigenthümer gekauft haben, oder von demjenigen, den ich nur für den Eigenthümer hielt [4]).

quoque a veteribus praeceptum est, neminem sibi ipsum causam possessionis mutare posse.« L. 1. §. 2. D. pro donato. XLI, 6.

3) L. 19. §. 1. D. h. t.

4) L. 3. §. 20. D. h. t. L. 33. §. 1. D. d. usurp. et usuc. XLI, 3. L. 6. §. 3. D. d. precario. XLIII, 26.

Digitized by Google

Im älteren Rechte kam unsere Regel am häufigsten zur Anwendung in Bezug auf die pro herede usucapio. Nämlich: wer Sachen eines Verstorbenen in Besitz nahm, noch ehe der wirkliche Heres den Besitz derselben ergriffen hatte, von dem sagte man, daß er pro herede besitze; und ein solcher Besitz war nicht nur überhaupt für die Usucapion geeignet, sondern es ward die pro herede usucapio sogar auf eine ganz eigenthümliche Weise begünstiget; weshalb ich im Voraus verweise auf den §. 261. Wenn aber Jemand Sachen eines Verstorbenen schon bei dessen Lebzeiten inne gehabt hatte, so sollte er sich die eigenthümlichen Vortheile jener Usucapion nicht schon dadurch allein verschaffen können, daß er willkürlich bei sich beschlösse, nunmehr pro herede besitzen zu wollen. Von dieser Anwendung unserer Regel finden sich Spuren noch in den Pandekten [5]). Im Justinianischen Rechte sehen wir nun aber die pro herede usucapio nicht mehr, wie in älterer Zeit, besonders begünstiget. Damit fällt denn von selbst eine Hauptanwendung unserer Regel hinweg. Die praktische Wichtigkeit der Regel ist dadurch indessen nur beschränkt, keineswegs aber aufgehoben.

3. Der Besitz wird erworben entweder durch eine einseitige Besitzergreifung, oder durch Tradition. Man nennt die Besitzergreifung eine einseitige, wenn sie erfolgte ohne Zuthun eines bisherigen Besitzers. So wenn man Besitz ergreift an einer von Niemand besessenen Sache; oder wenn man den gegenwärtigen Besitzer wider dessen Willen aus dem Besitze verdrängt.

Es kann nun aber auch sein, daß umgekehrt die Besitzergreifung grade in dem Willen des bisherigen Besitzers ihren Grund hat. Dieser kann seinen Besitz in der Absicht aufgeben, daß er von uns ergriffen werde. Und wenn dieß nun von unserer Seite wirklich geschieht, so sagt man, es sei der Besitz durch Uebergabe, durch Traditio erworben: Traditio nämlich im engeren Sinne des Worts, heißt Uebertragung des Besitzes. Ich sage im engeren Sinne — denn im weiteren Sinne wird auch die

5) Vgl. cit. L. 33. §. 1. init. D. pro herede. XLI, 5. Savigny, d. usurp. et usuc. L. 2. §. 1. D. §. 7. (6te Aufl. S. 25. folg.)

Digitized by Google

Uebertragung der bloßen Detention **Traditio** genannt. Von dieser Art des Erwerbes ist nun noch Einiges insbesondere zu bemerken. Nämlich es ist zu erklären, was man unter **Traditio longa manu**, und unter **Traditio brevi manu** versteht; desgleichen was es mit der bedingten Uebergabe für eine Bewandtniß habe. Unter dem Ausdruck **Traditio longa manu**, welchen die Neuern aus der unten angeführten Stelle [6]) genommen, und zu einem technischen Ausdrucke gestempelt haben, versteht man jede Uebergabe, bei welcher derjenige, auf welchen der Besitz übertragen wird, sich bloß in der Nähe befindet, ohne den Gegenstand des Besitzes in der That zu ergreifen, oder wenn von einem Grundstücke die Rede ist, ohne in das Grundstück wirklich einzugehen.

Mit der s. g. **Traditio brevi manu** aber verhält es sich so: wenn Jemand meinen Besitz verwaltet und insofern nun die Detention bereits hat, nicht aber zugleich auch den Animus, diese Detention in seinem eigenen Namen geltend zu machen, so bedarf es, damit der Besitz von mir auf ihn übertragen werde, weiter nichts, als daß er mit meiner Zustimmung in seinem eigenen Namen zu detiniren beginne. Ich höre sodann auf zu besitzen, während er zu besitzen anfängt [7]). Und diese Art der Uebergabe nun ist es, die man mit dem Ausdruck **Traditio brevi manu** bezeichnet.

Es ist dies einer der Fälle, deren ich im Allgemeinen schon zu Anfange dieses Paragraphen gedacht habe, — da nämlich Jemand die Detention schon früher erworben hat, den Animus possidendi aber erst später hinzufügt.

6) L. 79. D. d. solutionibus. XLVI, 3. »Pecuniam, quam mihi debes, aut aliam rem, si in conspectu meo ponere te jubeam, efficitur, ut et tu statim libereris, et mea esse incipiat; nam tum quod a nullo corporaliter ejus rei possessio detineretur acquisita mihi, et quodammodo longa manu tradita existimanda est«

7) L. 62. pr. D. d. evict. XXI, 2. wobei zu vergleichen ist L. 63. D. d. V. S. L. 9. §. 5. D. d. A. R. D. XLI, 1. §. 44. I. d. rer. divis. II, 1. Wenn es in den beiden zuletzt angeführten Stellen heißt: »Interdum etiam sine traditione nuda voluntas domini sufficit ad rem transferendam«, so soll damit dieses gesagt werden: Bisweilen reicht zur Uebertragung des Eigenthums durch Besitz der bloße Wille hin, ohne daß gleichzeitig auf den Andern die Detention der Sache übertragen würde; dann nämlich, wenn der Andere die Detention bereits hat.

Digitized by Google

Auf diesen Begriff nun der **Traditio brevi manu** läßt sich auch die bedingte Uebergabe zurückführen. Hier nämlich wird vorausgesetzt, daß man dem Andern einstweilen nur die Detention der Sache einräumt, ihm aber gestattet, sobald eine gewisse Bedingung in Erfüllung gehet, mit der Detention zugleich den **Animus possidendi** zu verbinden. Der Erfolg ist alsdann der: einstweilen verwaltet derjenige, dem wir die Detention eingeräumt haben, unsern Besitz; wenn er aber bei erfüllter Bedingung sich als Besitzer zu geriren anfängt, so geht damit der Besitz von uns auf ihn über [8]).

b. Weitere Ausführung.

§. 208.

a. Von der Apprehension.

Der Zweck der Apprehension ist: ein äußerliches Verhältniß zur Sache hervorzubringen, mittelst dessen es uns möglich werde, nach Willkür auf die Sache einzuwirken, und jede fremde Einwirkung zu hindern. Es fragt sich: wie und auf welche Weise ist dieser Zweck zu erreichen? Häufig antwortet man auf diese Frage so: Es ist körperliche Berührung erforderlich, und wo es an dieser fehlt, und dennoch Apprehension angenommen wird, da beruhet das auf einer Fiction: es ist dann die Apprehension eine **ficta apprehensio.** — Allein es ist körperliche Berührung möglich, ohne daß diese uns irgend eine Gewalt gäbe über die berührte Sache; und auf der andern Seite kann diese Gewalt auch ohne unmittelbare körperliche Berührung vollständig erworben werden: sobald dies aber der Fall ist, so ist damit auch die Detention der Sache gegeben, und es ist daher in einem solchen Fall kein Grund vorhanden von einer Fiction zu sprechen, obschon es an einer körperlichen Berührung fehlen mag. Diese Ansicht wird auch in den Quellen ausdrücklich anerkannt, theils im Einzelnen, theils im Allgemeinen [1]).

8) L. 38. §. 1. D. h. t.

1) L. 1. §. 21. D. h. t. »Si jusserim venditorem procuratori rem tradere, quum ea in praesentia sit, videri mihi traditam, Priscus ait: idemque esse, si nummos debitorem jusserim alii dare; non est enim corpore et ta-

Nach dieser allgemeinen Vorbemerkung, wollen wir nun die einzelnen Fälle der Apprehension durchgehen.

I. Bewegliche Sachen.

Daß an diesen die Apprehension durch wirkliches Ergreifen der Sache bewerkstelligt werden könne, das bedarf kaum einer Bemerkung. Aber die Apprehension ist hierauf keineswegs beschränkt. Denn auch die bloße unmittelbare körperliche Gegenwart und Nähe bei der Sache erfüllt den Zweck der Apprehension vollkommen, sobald sie uns die ungehinderte willkürliche Ergreifung der Sache möglich macht. Dies Letztere ist aber allerdings wesentlich nothwendig; die bloße Nähe für sich allein thut es nicht. Denken wir uns also: Ich befinde mich in unmittelbarer Nähe bei einer beweglichen Sache, dergestalt, daß ich sie ergreifen kann. Aber neben mir befindet sich ein Anderer ganz in derselben Lage. Hier werde ich nicht eher sagen können, daß ich die Sache apprehendirt habe, als bis das äußerliche Verhältniß, in welchem der Andere zu der Sache steht, unwirksam gemacht ist. Dies kann geschehen durch Gewalt, aber auch ohne diese, dadurch nämlich, daß der Andere zu erkennen gibt, er habe gar die Absicht nicht, sein äußerliches Verhältniß zur Sache geltend zu machen. Hierher gehört unter Anderm der Fall, da Jemand den Besitz einer beweglichen Sache auf mich übertragen will, und auf mein Verlangen die Sache vor mir niederlegt. Dadurch allein schon geht der Besitz auf mich über, ohne daß es erst der Ergreifung der Sache von meiner Seite bedurfte [2]). Ferner: wenn ich gesagt habe, daß die bloße Nähe allein nicht genüge, so zeigt sich das besonders augenfälliger Weise bei der Apprehension lebendiger Thiere. Die bloße körperliche Nähe kann hier noch nicht für hinreichend gehalten werden; denn dieser Nähe ungeachtet, wird sich das Thier dem wirklichen Ergreifen

ctu necesse apprehendere possessionem, sed etiam oculis et affectu; et argumento esse eas res, quae propter magnitudinem ponderis moveri non possunt, ut columnas; nam pro traditis eas haberi, si in re praesenti consenserint; et vina tradita videri, quum claves cellae vinariae emtori traditae fuerint.«

2) L. 79. D. d. solut. XLVI, 3. (S. d. vor. §. Anm. 6.)

durch die Flucht entziehen können. Daher wird hier mehr erfordert: man muß das Thier, wenn schon nicht gerade ergriffen, so doch wenigstens eingefangen, oder man muß es getödtet und dadurch die Möglichkeit der Flucht aufgehoben haben [3]). — Die Frage über die Besitzergreifung an Thieren kommt in unseren Rechtsbüchern in besonderer Beziehung auf solche Thiere vor, welche Gegenstand der Jagd sind. Hier waren einige unter den classischen Juristen der Meinung, die bloße Verwundung schon reiche hin zur Apprehension. Die meisten aber nehmen an, daß dies noch nicht genug sei, weil, ungeachtet der Verwundung, doch noch gar Manches die wirkliche Ergreifung verhindern könne. Und diese Meinung von Gajus wird im Justinianischen Rechte als die richtigste anerkannt [4]).

Noch ein Fall, in welchem die bloße Nähe aber auch noch nicht als genügend erscheint, ist der, da bewegliche Sachen sich in einem verschlossenen unbeweglichen Behältnisse befinden. Denn um die darin enthaltene Sache nach Willkür ergreifen zu können, dazu müssen wir entweder das Behältniß gewaltsamer Weise öffnen, oder uns in den Besitz der Schlüssel setzen. Dies Letztere ist denn aber auch genügend; und daher wird der Besitz von beweglichen Sachen, die z. B. in einem Magazine verschlossen sind, für übertragen geachtet, wenn in der Nähe des Magazins der Schlüssel übergeben wird [5]). Beides gehört zusammen. Das allein, daß etwa derjenige, auf welchen der Besitz übertragen werden soll, Sachen, die in dem Magazine befindlich, signirt, reicht zur Apprehension nicht hin [6]). Damit steht auch nicht in Widerspruch der Inhalt einer andern Stelle [7]). Diese ist von beweglichen Sachen zu verstehen, die nicht verschlossen sind, und da kann denn nun das Zeichen zum Beweise der erfolgten Uebergabe dienen.

3) L. 5. §. 1. D. d. A. R. D. XLI, 1. §. 13. I. d. rer. divis. II, 1.

4) cit. §. 13. I. d. rer. div.

5) L. 74. D. d. C. E. XVIII, 1. L. 9. §. 6. D. d. A. R. D. XLI, 1. §. 45. I. d. rer. divis.

6) L. 1. §. 2. D. d. peric. et commodo etc. XVIII, 6. »Si dolium signatum sit ab emtore, Trebatius ait, traditum id videri; Labeo contra, quod et verum est: magis enim ne submutetur signari solere, quam ut traditum videatur.«

7) L. 14. §. 1. D. eod. »— — videri autem trabes traditas, quas emtor signasset.«

Digitized by Google

Zuletzt verdient noch bemerkt zu werden, daß gelegentlich die Apprehenſion einer beweglichen Sache nicht nur ohne wirkliches Ergreifen, ſondern ſogar ohne unmittelbare körperliche Nähe bewerkſtelligt werden kann: dadurch nämlich, daß die Sache in einem zu unſerer Dispoſition ſtehenden Behältniſſe niedergelegt wird. So z. B. wenn eine mir zu übergebende Sache während meiner Abweſenheit in meiner Wohnung niedergelegt wird [8]).

II. Unbewegliche Sachen.

Um auf eine unbewegliche Sache nach Willkür einwirken und Andere an der Behandlung derſelben hindern zu können, dazu wird das keinesweges gefordert, daß man das ganze Grundſtück durchwandere, alle Theile deſſelben betrete [9]). Ja es iſt nicht einmal nöthig, daß man überhaupt eingehe in das Grundſtück, ſondern es iſt vollkommen genug, daß man ſich in unmittelbarer Nähe auf einem Standpunkte befinde, von welchem aus man das Grundſtück überſehen kann. Für den Fall der Concurrenz mit einem Andern, der ſich in gleicher Nähe befindet, gilt natürlich eben dasjenige, was ich in derſelben Beziehung von der Apprehenſion beweglicher Sachen geſagt habe. Und ſo kann denn namentlich durch den bloßen Willen des Andern das Hinderniß gehoben werden, was an und für ſich darin liegt, daß er gleich mir ſich in der Nähe des Grundſtücks befindet [10]). Eine eigenthümliche auf poſitiven Beſtimmungen beruhende Modification der allgemeinen Grundſätze über die Apprehenſion von Grundſtücken werden wir weiterhin im §. 212. kennen lernen. Ich zeige dies hier nur vorläufig an, denn es hängt dieſe Modification ſo genau mit der Lehre vom Verluſte des Beſitzes zuſammen, daß es zweckmäßig ſein wird, das Nähere für den Abſchnitt vom Verluſte aufzuſparen.

8) L. 18. §. 2. D. h. t.

9) L. 3. §. 1. D. h. t.

10) cit. L. 18. §. 2. D. h. t. »— — aut si vicinum mihi fundum mercato venditor in mea turre demonstret, vacuamque se possessionem tradere dicat, non minus possidere coepi, quam si pedem finibus intulissem.«

Digitized by Google

§. 209.

β. Von der Willensbestimmung.

I. Persönliche Fähigkeit.

Es gibt Personen, welche der zur Ergreifung des Besitzes erforderlichen Willensbestimmung unfähig sind. Dahin gehören juristische Personen [1]; desgleichen Wahnsinnige [2] — womit keineswegs gesagt sein soll, daß sie auch des Besitzes selbst unfähig wären. Es kann Jemand unfähig sein, Besitz zu ergreifen, ohne daß er unfähig wäre, Besitz zu haben, wie noch aus der Folge sich ergeben wird.

Nun aber fragt es sich ferner: sind Unmündige, in Bezug auf den **Animus**, der Besitzergreifung fähig oder nicht?

Unter der **Auctoritas** ihres Tutors können sie allerdings Besitz ergreifen [3], selbst dann, wenn sie noch **Infantes** sind; gegen die sonstige Regel, der zu Folge **Infantes** nichts Juristisches vornehmen können, auch nicht unter der **Auctoritas** ihres Tutors [4].

Wie nun aber, wenn der Unmündige allein handelt? Ist er **infantia major**, so kann er auch für sich allein Besitz ergreifen, wie aus den angeführten Stellen (Note 3. 4.) hervorgeht. Aber es fragt sich, ob auch **Infantes** für sich allein Besitz erwerben können? Nach den meisten Stellen [5] scheint die Frage schlechthin verneint, nach Einer Stelle [6] aber unter gewissen Voraussetzungen bejaht werden zu müssen. Die Bedeutung der zuletzt erwähnten Stelle ist indessen höchst streitig. Nach Savignys Erklärung [7] enthält die Stelle nichts, was uns berechtigte anzunehmen, daß **Infantes** auch für sich allein Besitz erwerben könnten. Aber mit dieser Erklärung sind bei weitem nicht Alle einverstanden, und namentlich hat neuerdings Puchta [8]

1) **L. 1. §. 22. D. h. t. L. 1. §. 15. D. si is, qui testam. liber esse juss. etc. XLVII, 4.** (Vergl. Savigny, §. 21. 6te Aufl. S. 281.)
2) **L. 1. §. 3. L. 18. §. 1. D. h. t.**
3) **cit. L. 1. §. 3. D. h. t.**
4) **L. 32. §. 2. D. h. t.** (Vergl. Savigny a. a. O. S. 284. folg.)
5) S. die Stellen in Note 3. u. 4. und **L. 26. C. d. donat. VIII, 54.**
6) **L. 3. C. h. t.**
7) Savigny a. a. O. S. 288. folg.
8) Ueber den Besitzerwerb eines Kindes. Rhein. Mus. Bd. 5. S. 44. folg.

Digitized by Google

auszuführen gesucht, daß der Erwerb des Besitzes durch Tradition auch für Infantes ohne Mitwirkung des Tutors möglich sei.

II. Beschaffenheit der Willensbestimmung.

Die mit dem äußerlichen Verhältniß zur Sache zu verbindende Absicht, setzt eine bestimmte Vorstellung von dem Gegenstande des Besitzes voraus. Und ferner: sie kann nur insofern wirksam sein, also nur insofern Besitz gewähren, als sie der Beschaffenheit des Gegenstandes entspricht. Auf diesen beiden Sätzen beruht die Beantwortung der wichtigen Frage, inwiefern es möglich sei, an einem einzelnen Theile eines Ganzen Besitz zu ergreifen?

Sich einen aliquoten Theil eines Ganzen nur zu denken, das ist jederzeit möglich, das Ganze sei von welcher Beschaffenheit es wolle. Und daher wird es für zulässig gehalten, bei der Besitzergreifung die Absicht auf einen ideellen Theil des Ganzen zu beschränken, also nur an diesem Besitz zu ergreifen. Nur muß die Vorstellung, die man sich von der Größe dieses Theils macht, eine bestimmte sein. An einem Drittel, an einer Hälfte des Gegenstandes Besitz zu ergreifen, ist zulässig, nicht aber an einer unbestimmten Quote desselben [9]). So verhält es sich mit ideellen Theilen.

Nun aber fragt es sich: kann man Besitz ergreifen auch an einem einzelnen körperlichen Theile eines Ganzen? Hierauf ist die Antwort diese: so lange der Theil noch in Verbindung steht mit dem Ganzen, so lange kann er auch nur im Ganzen besessen werden. Die bloße Richtung der Absicht auf einen solchen Theil kann einen selbstständigen Besitz daran nicht hervorbringen. Z. B. ich besitze ein fremdes Gebäude, welches ich bona fide von einem Nichteigenthümer gekauft habe; und so befinde ich mich in der Lage, dasselbe usucapiren zu können. Hier ist Gegenstand meines Besitzes und meiner Usucapion das Gebäude im Ganzen; aber die einzelnen Theile, die einzelnen Materialien, aus welchen das Gebäude aufgeführt ist, inwiefern

9) L. 3. §. 2. L. 26. D. h. t. L. 32. §. 2. D. d. usurp. et usuc. XLI, 3.

sie als selbstständig gedacht werden mögen, sind nicht Gegenstand meines Besitzes und meiner Usucapion [10]). Ein selbstständiger Besitz an den einzelnen körperlichen Theilen eines Ganzen wird erst dann möglich, wenn sie äußerlich, wenn sie reell von dem Ganzen getrennt worden sind. Diese Trennung ist denn aber auch hinreichend, um für denjenigen, welcher den Theil bisher im Ganzen besessen hat, nunmehr einen selbstständigen Besitz an jenem Theile zu begründen; es bedarf nicht erst eines neuen Actes der Besitzergreifung [11]). Uebrigens gilt im Allgemeinen für diesen Fall eingetretener Trennung folgender Grundsatz: an dem noch übrig gebliebenen Ganzen wird der bisherige Besitz unverändert fortgesetzt; aber der Besitz an den abgesonderten Theilen ist nicht nur ein selbstständiger, sondern sogar ein ganz neuer, der mit dem früheren Besitze des Theiles im Ganzen nur das gemein hat, daß er angesehen wird als auf demselben Grunde beruhend. Bleibt von dem Ganzen nichts übrig, wird es ganz und gar in seine einzelnen Bestandtheile aufgelöst; so kann von der Fortsetzung des früheren Besitzes natürlicher Weise gar nicht die Rede sein. Z. B. wir haben vorhin den Fall gesetzt, daß ich ein fremdes Gebäude von einem Nichteigenthümer gekauft habe, und mich in conditione usucapiendi befinde. Nun wollen wir annehmen, noch vor der Vollendung der Usucapion lasse ich das Gebäude einreißen. Da fängt für mich an den einzelnen Baumaterialien nicht nur ein selbstständiger, sondern auch ein neuer Besitz an, der mit dem früheren nur darin übereinkommt, daß er ebenfalls, als auf einem Kauf beruhend, angesehen wird. Im Uebrigen aber ist zwischen diesem neuen und dem früheren Besitze kein Zusammenhang. Namentlich kommt mir für die Usucapion der Baumaterialien die Zeit, während welcher ich sie in dem Gebäude besessen habe, nicht zu Statten. Es kann sein, ich habe sie in dem Gebäude bereits volle drei Jahre, also die

10) L. 23. pr. D. eod. (Am Schluß der Stelle ist die Florentinische Lesart »possessionem temporis immobilium rerum omnium mutet« zu verwerfen. Andere Handschriften haben richtig »possessione t. i. r. dominium m.« S. Savigny, §. 22. 6te Aufl. S. 307.) L. 2. §. 6. D. pro emtore. XLI, 4. in den Worten »Sed si fundus« u. s. w.

11) L. 23. §. 2. D. d. usurp. et usuc. XLI, 3. Vergl. Savigny a. a. O. S. 303. folg.

Digitized by Google

ganze Zeit hindurch besessen, der es für die Usucapion beweglicher Sachen nach Justinianischem Rechte bedarf; ich muß sie jetzt noch eben so lange besitzen, wenn ich soll sagen können, daß ich durch Usucapion Eigenthümer derselben geworden sei.

So verhält es sich im Allgemeinen. Indessen bringt nun doch die Natur der Sache es mit sich, daß unser Grundsatz sich nur da anwenden läßt, wo ein Ganzes aus ungleichartigen Theilen besteht. Denn, denken wir uns ein Ganzes aus gleichartigen Theilen, z. B. eine Masse rohen Metalls; und nehmen wir an, diese Masse wird in zwei Stücke getheilt. Welches soll man da für das übrige Ganze, welches für den abgesonderten Theil halten? Wir können von jedem Stücke sagen, es ist weiter nichts als ein verkleinertes Ganzes. Und demgemäß wird sich weiter behaupten lassen: an jedem einzelnen Stücke wird der frühere Besitz fortgesetzt. Habe ich also z. B. die ungetheilte Masse bona fide von einem Nichteigenthümer gekauft, und vor der Zerstückelung schon zwei Jahre besessen, so werde ich jetzt jedes einzelne Stück nur noch Ein Jahr lang zu besitzen brauchen, um durch Usucapion Eigenthümer zu werden. Die praktische Wichtigkeit des hier Vorgetragenen wird sich in der Folge, namentlich in der Lehre von der Usucapion bewähren.

Zuletzt muß ich nun noch, was die Beschaffenheit des Animus betrifft, an den im §. 204. aufgestellten Gegensatz zwischen ursprünglichem und abgeleitetem Besitz erinnern. Der Animus ist nämlich, wie schon dort gezeigt wird, verschieden, je nachdem der Besitz in die eine oder in die andere Classe gehört.

§. 210.

γ. Von dem Erwerbe durch Mittelspersonen.

Ein Erwerb dieser Art ist vollkommen zulässig. Und daß er es ist — das ist nicht nur überhaupt von der größten praktischen Wichtigkeit, sondern insbesondere auch in der Beziehung, daß auf diesem Wege der Erwerb des Besitzes selbst solchen Personen möglich wird, welche, wegen mangelnder Fähigkeit zu der erforderlichen Willensbestimmung, unmittelbar und in eigener Person zur Besitzergreifung nicht im Stande sind.

Digitized by Google

Die Voraussetzungen aber, auf welchen der Erwerb des Besitzes durch Mittelspersonen beruht, sind folgende:

Zuerst und vor Allem ist, wie in andern Beziehungen, wo es auf Stellvertretung ankommt, so auch hier ein bestimmtes juristisches Verhältniß erforderlich, wodurch die Repräsentation begründet wird. Der zur Begründung der Repräsentation geeigneten Verhältnisse gibt es aber überhaupt drei, wie wir im §. 120. gesehen haben. Diese drei Verhältnisse kommen denn auch hier in Betracht. Nämlich: es kann Jemand einen Andern von Amtswegen repräsentiren und in dieser Eigenschaft für ihn Besitz ergreifen. So namentlich der Vormund für seinen Pflegbefohlnen. — Ferner: die Repräsentation kann darauf beruhen, daß der Repräsentant der Gewalt des Repräsentirten unterworfen ist. So kann man Besitz erwerben durch seine Sclaven, durch seine Kinder. — Endlich: die Repräsentation kann begründet sein durch bloßen Vertrag, nämlich durch ein Mandat. Ich kann durch einen Bevollmächtigten Besitz ergreifen [1]).

Zweitens wird erfordert, daß von Seiten des Repräsentanten alles dasjenige geschehe, was an und für sich zur Besitzergreifung erforderlich ist. Etwas Eigenthümliches liegt jedoch darin: der Repräsentant darf den Besitz nicht suo nomine ergreifen; vielmehr muß seine Absicht dahin gerichtet sein, ihn für denjenigen zu ergreifen, den er zu repräsentiren berufen ist [2]). Nur in Einem Fall kommt es auf diese eigenthümliche Willensbestimmung von Seiten des Repräsentanten nicht an. Nämlich: setzen wir, der Besitzer einer Sache beabsichtigt den Besitz auf mich zu übertragen. Zu diesem Zwecke übergibt er sie demjenigen, welcher mich zu repräsentiren berufen ist. Dieser aber ergreift den Besitz nicht in der Absicht, ihn mir zu verschaffen, sondern vielmehr in der Absicht, selbst Besitzer zu werden, oder irgend einen Dritten zum Besitzer zu machen. Hier wird nichts

1) Auf diese erste Voraussetzung beziehen sich L. 1. §. 5. 20. D. h. t.

2) L. 1. §. 19. 20. D. h. t. (Aus dem §. 20. gehört hierher der Satz »Cum autem« u. s. w. In den Schlußworten desselben verdient die auf gute Handschriften gegründete Lesart »ut operam . . . accommodarent nobis, non possumus acquirere« vor der Florentinischen »u. o. . . . accommodarent, nobis non possunt acquirere« den Vorzug. S. Savigny, §. 26. (6te Aufl. S. 352. Anm. 3.))

Digitized by Google

desto weniger mir der Besitz erworben, wie der Wille des Tradenten es mit sich brachte [3]).

Drittens ist nothwendig, daß derjenige, welchem der Besitz erworben werden soll, diesen Besitz wolle [4]). Daher ist selbst da, wo ein Bevollmächtigter Besitz erworben hat, aber ohne speciellen Auftrag, Ratihabition erforderlich [5]). — Diese Regel leidet jedoch eine Ausnahme da, wo einer juristischen Person durch Mittelspersonen Besitz erworben wird [6]). Desgleichen bei bevormundeten Personen, denen durch ihre Tutoren oder Curatoren auch ohne ihr Vorwissen Besitz erworben wird. Endlich: setzen wir, daß Jemand einem seiner Gewalt Unterworfenen ein **Peculium** anvertrauet hat. Wenn hier der Unterworfene für das **Peculium** an irgend einer Sache Besitz ergreift, so wird dieser Besitz dem Inhaber der Gewalt erworben, auch ohne daß er ihn vorher ausdrücklich und insbesondere gewollt hat. Es wird hier schon der allgemeine Auftrag zur Verwaltung des Peculiums für hinreichend geachtet [7]).

Abstrahiren wir aber von den eben bezeichneten drei Fällen, so ist die Regel diese: der Repräsentirte erwirbt den Besitz nur insofern, als er ihn will, und zwar wird ein *specielles* Wollen erfordert. Setzen wir nun, ich habe diesen Willen durch Befehl oder Auftrag im Voraus erklärt, und der Besitz ist in Gemäßheit dessen von meinem Stellvertreter ergriffen. Hier kann die weitere Frage entstehen: fängt mein Besitz an schon in dem Augenblick, da mein Stellvertreter ihn ergreift, oder erst in dem Augenblick, da ich von dem, was er gethan, unterrichtet werde? Im Allgemeinen ist es so: mein Besitz fängt sofort an [8]); aber inwiefern der Besitz ein Usucapionsbesitz sein soll, insofern beginnt er für mich nicht eher, als bis ich von der Besitzergreifung

3) L. 13. D. d. donationibus. XXXIX, 5. Ueber die mit dieser anscheinend im Widerspruch stehenden Stellen, insbesondere über L. 37. §. 6. D. d. A. R. D. XLI, 1., s. Savigny a. a. O. (6te Aufl. S. 353. Anm. 1.)

4) Paul. V, 2. §. 1.: »Possessionem acquirimus et animo et corpore: animo utique nostro; corpore vel nostro, vel alieno . . . . . «

5) L. 42. §. 1. D. h. t.

6) L. 1. §. ult. L. 2. D. h. t.

7) cit. L. 1. §. 5. D. h. t. »— — quia ex nostra voluntate intelliguntur possidere servus et filius, qui iis peculium habere permisserimus.« Vgl. L. 3. §. 12. D. eod.

8) §. 5. I. per quas person. II, 9. L. 13. pr. D. d. A. R. D. XLI, 1.

Digitized by Google

weiß [9]). In den Fällen, wo es auf ein specielles Wollen des Repräsentirten nicht ankommt, da bedarf es des Wissens um die erfolgte Besitzergreifung selbst nicht für den Usucapionsbesitz [10]).

Außer dem, was hier über die Besitzergreifung durch Mittelspersonen im Allgemeinen gesagt worden, ist nun noch insbesondere zu sprechen von dem sogenannten **Constitutum possessorium.**

Die Sache kommt vor in unseren Quellen; nicht der Name. Nämlich: wenn Jemand sich in dem Besitze einer Sache befindet, so kann er diesen Besitz auf einen Andern schon allein dadurch übertragen, daß er mit des Andern Zustimmung in dessen Namen zu besitzen anfängt. Da der bisherige Besitzer, welcher hier als Stellvertreter des neuen auftritt, die Detention der Sache bereits hat, so bedarf es von seiner Seite nicht erst eines Actes der Apprehension; sondern es kommt nur darauf an, daß er mit der Detention den **Animus** verbinde, dieselbe im Namen desjenigen geltend zu machen, für welchen er handelt. Sobald er in dieser Art seinen bisherigen **Animus** verändert, so wird dadurch Folgendes bewirkt: 1. das Aufhören des bisherigen eigenen Besitzes, für den es fortan an dem erforderlichen **Animus** fehlt, und 2. das Entstehen eines neuen Besitzes für denjenigen, welcher fortan repräsentirt werden soll. Dies nun ist es, was man mit dem Namen **Constitutum possessorium** bezeichnet. Es liegt am Tage, daß das **Constitutum possessorium** nichts anderes ist, als eine umgekehrte **Traditio brevi manu.** Nämlich: bei der **Traditio brevi manu** wird der Verwalter eines fremden Besitzes durch eine bloße Veränderung des **Animus** zum Besitzer in eigenem Namen. Hier wird derjenige, welcher in seinem eigenen Namen besaß, durch bloße Veränderung des **Animus** zum Verwalter fremden Besitzes [11]). Uebrigens ist in der Regel ein **Constitutum** nicht anders anzunehmen, als wenn der bisherige Besitzer die Absicht, den eigenen Besitz aufzugeben, aus-

9) L. 49. §. 2. D. h. t. L. 47. D. d. usurpat. et usuc. XLI, 3. L. 1. C. h. t.

10) L. 8. pr. cit. L. 47. D. d. usurp. et usuc. XLI, 3. L. 2. §. 11. D. pro emtore. XLI, 4.

11) Auf dieses Constitutum possessorium bezieht sich u. A. L. 18. pr. D. h. t.

Digitized by Google

drücklich erklärt, oder irgend eine anderweitige Erklärung abgegeben hat, woraus jene Absicht mit Nothwendigkeit folgt. In diese letztere Kategorie gehört namentlich der Fall, da Jemand eine Sache, in deren Besitz er sich befindet, verschenkt, und zugleich dem Beschenkten abmiethet. Wer dies thut, der gibt damit, wenn schon nicht ausdrücklich, so doch stillschweigend hinreichend zu erkennen, daß er fortan nicht mehr im eigenen Namen besitzen wolle, sondern vielmehr, wie es sich bei einem Miether von selbst versteht, im Namen des Vermiethers, also des Beschenkten [12]). Eben so: wenn Jemand eine Sache an einen Andern verschenkt, oder verkauft u. s. w., aber so, daß er sich selbst den **Ususfructus** vorbehält. Von dem Augenblicke an, da er als bloßer Fructuar sich gerirt, besitzt er die Sache nicht mehr in eigenem Namen, sondern im Namen des Beschenkten oder des Käufers [13]).

Einen Fall gibt es, in welchem ein **Constitutum possessorium** schlechthin angenommen wird. Nämlich, wenn zwei Personen eine **Societas universorum bonorum** mit einander eingehen, so wird die gegenseitige Uebergabe der von jedem Einzelnen unter ihnen besessenen Sachen, im Augenblick des abgeschlossenen Vertrages, jederzeit für geschehen angenommen; was denn nur vermittelst eines **Constitutum possessorium** gedacht werden kann. Man setzt voraus, daß vom Augenblick des geschlossenen Vertrages an, jeder der beiden Contrahenten die Absicht habe, diejenigen Sachen, in deren ausschließlichem Besitz er sich befindet, nur noch zum Theil für sich, zum Theil aber im Namen seines **Socius** zu besitzen [14]).

C. Verlust. (§. §. 211-214.)

§. 211.

a. Einleitung.

Wie der Besitz nicht anders erworben werden kann, als durch die Verbindung eines gewissen physischen Verhältnisses mit

12) L. 77. D. d. R. V. VI, 1. L. 28. C. d. donat. VIII, 54.
13) cit. L. 28. C. d. donat.
14) L. 1. §. 1. L. 2. D. pro socio. XVII, 2.

Digitized by Google

einer gewissen Bestimmung des Willens; so kann er auch nicht anders fortgesetzt werden, als durch die Fortdauer dieser Verbindung, durch fortgesetzte Detention und fortgesetzten Animus. Nur freilich das ist klar: soll es überhaupt eine Fortsetzung des Besitzes geben, die über die Dauer weniger Monate hinausreicht, so kann nicht gefordert werden, daß das äußerliche Verhältniß zur Sache und die Willensbestimmung in derselben Art ununterbrochen fortdauere, in welcher beide vorhanden sein mußten bei dem Erwerbe des Besitzes. Denn würde dies erfordert, so würde z. B., was das äußerliche Verhältniß betrifft, der Besitzer eines Grundstücks sich aus der Nähe des Grundstücks nicht entfernen können, ohne den Besitz zu verlieren — wenigstens würde er jedes Mahl einen Stellvertreter zurücklassen müssen. Was aber den Animus betrifft, so würde ein nie unterbrochenes Bewußtsein unseres äußerlichen Verhältnisses zur Sache, und eine stetige positive Richtung unseres Willens auf dieses Verhältniß gefordert werden müssen — eine Forderung, deren Erfüllung offenbar als etwas Unmögliches erscheint, sobald von einem nur irgend bedeutenden Zeitraume die Rede ist. Mit jedem Schlafengehen müßte der Besitz erlöschen, und wenn bei dem Erwachen das Bewußtsein zurückkehrte, so würde damit ein neuer Besitz anfangen. Daher bringt es nun die Natur der Sache mit sich, daß die beiden Elemente des Besitzes, äußerliches Verhältniß und Willensbestimmung in derselben Art, wie sie für den Erwerb erfordert werden, für die Fortsetzung des Besitzes nicht erforderlich sind. Vielmehr müssen wir folgenden Grundsatz aufstellen: es ist für die Fortsetzung des Besitzes genügend, wenn nur in irgend einem späteren Moment die Bedingungen des Erwerbes reproducirt werden können, ohne daß sich in dieser Zwischenzeit etwas ereignet hat, was jenen Bedingungen positiv widerstreitet.

Machen wir von diesem Satze die Anwendung zuerst auf das äußerliche Verhältniß zur Sache, so ergibt sich Folgendes: zum Erwerbe des Besitzes ist allerdings in der Regel unmittelbare, körperliche Gegenwart in oder neben der Sache erforderlich. Denken wir uns nun aber, es hat eine Zeitlang nur eben an dieser Nähe gefehlt, während sich in allem Uebrigen nichts verän-

Digitized by Google

dert hat. Hier werden wir den Besitz nicht für aufgehoben halten können. Kehrt der Besitzer später zur Sache zurück, so liegt in dieser Rückkehr eine reine Reproduction des ursprünglichen Verhältnisses; die Rückkehr begründet keineswegs den Anfang eines neuen Besitzes, sondern der frühere Besitz hat überall gar nicht aufgehört. Auf diesen Fall bezieht sich ein eigener Sprachgebrauch unserer Quellen. Nämlich, das Fortsetzen des Besitzes in der Abwesenheit wird so bezeichnet: »Animo,« desgleichen »solo animo possidere,« »animo solo retinere,« oder auch »tenere possessionem [1]).«

Die Anwendung auf die Willensbestimmung ist diese: wenn der Besitzer eine Zeitlang an den Besitz nur nicht gedacht hat, und sich später desselben wieder bewußt wird, so ist auch dies eine reine Reproduction des ursprünglichen Willens. Auch hier also werden wir sagen müssen: es hat kein neuer Besitz angefangen; sondern der frühere hat nie aufgehört. Etwas ganz Anderes ist es, wenn der Besitzer den bestimmten Entschluß faßte, nicht länger besitzen zu wollen. Da haben wir etwas Positives, den Bedingungen des Erwerbes Widerstreitendes; hier hört sofort der Besitz auf.

Nach diesem Allen werden wir nun für den Verlust des Besitzes folgende Regel annehmen müssen: der Besitz geht verloren, sobald nur in Bezug auf das äußerliche Verhältniß, oder in Bezug auf die Willensbestimmung die Möglichkeit der Reproduction aufhört. Sie kann aufhören in beiderlei Beziehung zugleich. So bei dem Tode des Besitzers; so bei der Tradition. Aber der Besitz kann verloren gehen auch schon dadurch allein, daß die Möglichkeit der Reproduction nur in der einen, oder in der andern Beziehung aufhört; denn der Besitz beruht auf der Verbindung des äußerlichen Verhältnisses mit der Willensbestimmung; er ist also, sobald auch nur Eines wegfällt, nicht mehr vorhanden. Wenn wir daher zur Bezeichnung des äußerlichen Verhältnisses den Ausdruck Corpus und zur Bezeichnung der Willensbestimmung den Ausdruck Animus gebrauchen; so wer-

1) §. 5. I. d. interd. IV, 15. L. 3. §. 11. L. 25. §. 2. L. 27. D. h. t. L. 1. §. §. 24. 25. D. d. vi. XLIII, 16.

Digitized by Google

den wir unſern Satz ſo ausdrücken können: der Beſitz kann verloren gehen nicht nur durch eine Veränderung, die ſowohl in Anſehung des Corpus, als in Anſehung des Animus eintritt; ſondern auch durch eine Veränderung bloß in Hinſicht des Corpus, oder bloß in Hinſicht des Animus. Dieſes aus der Natur des Beſitzes hervorgehende Reſultat finden wir denn auch beſtätigt, theils im Allgemeinen [2]), theils in einzelnen Anwendungen. So wird in einigen Stellen anerkannt, daß der Beſitz verloren gehe ſchon durch bloße Aufhebung des äußerlichen Verhältniſſes [3]); in andern, daß er solo animo verloren gehen könne [4]). — Dagegen ſcheint auf den erſten Blick zu ſtreiten L. 153. D. d. R. J. (Paulus, Libr. 65. ad Edictum.)

»Fere quibuscunque modis obligamur, iisdem in contrarium actis liberamur: cum quibus modis acquirimus, iisdem in contrarium actis amittimus. Ut igitur nulla possessio acquiri nisi animo et corpore potest, ita nulla amittitur, nisi in qua utrumque in contrarium actum [5]).«

Auf den erſten Blick ſcheint in den Schlußworten folgende Regel ausgeſprochen zu ſeyn: der Beſitz iſt nur dann verloren, wenn Beides, äußerliches Verhältniß und Willensbeſtimmung, zugleich aufgehört hat. Ein ſolches Reſultat würde indeſſen ſowohl mit den in der Stelle ſelbſt enthaltenen Prämiſſen, als mit andern aus demſelben Werke des Paulus entlehnten Excerpten (ſ. die Noten 3. u. 4.) in offenbarem Widerſpruche ſtehen, und überhaupt der Natur und dem Weſen des Beſitzes entgegen ſein. Unmöglich alſo kann Paulus es gedacht haben; bei näherer Prüfung aber ergibt ſich, daß es auch nicht einmal in den Worten der Stelle liegt. Nicht immer nämlich bezieht ſich der Aus-

2) L. 44. §. 2. D. h. t. »— — nam ejus quidem, quod corpore nostro teneremus, possessionem amitti vel animo, vel etiam corpore, si modo eo animo inde digressi fuissemus, ne possideremus.«

3) L. 29. D. h. t. (Paulus, Libr. 54. ad Edictum) L. 3. §. 13. D. eod. Paulus führt hier einen Ausſpruch des Nerva an, den er ſelbſt ſtillſchweigend billiget.

4) L. 17. §. 1. D. h. t. Paulus im §. 6. der angeführten L. 3.

5) Die zweite Hälfte der Stelle kommt in den Pandekten noch einmal vor, nämlich in L. 8. D. h. t., nur daß es da, ſtatt »Ut igitur nulla possessio«, heißt »Quemadmodum nulla possessio.«

Digitized by Google

druck »Utrumque« auf das Verbundensein zweier Begriffe; er wird, gleich unserm Deutschen Beides, auch so gebraucht, daß er nur überhaupt ein Zwiefaches bezeichnet, und es unbestimmt läßt, ob dieses Zwiefache verbunden, oder getrennt zu denken sei; und gerade diese letzte Bedeutung hat er hier. Paulus will nur ganz im Allgemeinen so viel sagen: Wie der Besitz nur durch ein Zwiefaches erworben wird, so geht er auch nur durch das Gegentheil jenes Zwiefachen verloren. Auf die Erörterung der Frage, worin das Gegentheil bestehe, läßt Paulus sich nicht ein; es ist aber von selbst klar, daß das Gegentheil nicht bloß dann vorhanden ist, wenn beide Elemente des Erwerbes zugleich wegfallen, sondern auch dann schon, wenn nur das eine, oder das andere aufhört [6]).

b. Weitere Ausführung.

§. 212.

α. Verlust durch Aufhebung des äußerlichen Verhältnisses.

Die Aufhebung des äußerlichen Verhältnisses kann eine Folge sein von Veränderungen, die sich mit dem Gegenstande selbst zugetragen haben. So wenn der Gegenstand vernichtet wird. Wird er durch Specification zu etwas Anderm, als was er früher gewesen, so hört natürlich das bisherige äußerliche Verhältniß ebenfalls auf; aber es kann ein neues beginnen. Wird endlich die besessene Sache dem Verkehr ganz und gar entzogen, so kann allerdings das bisherige äußere Verhältniß nach wie vor fortdauern; allein es hat nun keine rechtliche Bedeutung mehr, und somit hört der Besitz wenigstens auf ein juristischer zu sein.

Also Veränderungen in dem Gegenstande selbst können die Aufhebung des Besitzes bewirken [1]). Aber auch ohne eine solche Veränderung kann das äußerliche Verhältniß aufgehoben werden.

6) S. Savigny im §. 30. der 3ten, 4ten, 5ten und 6ten Auflage. (In den ersten beiden Auflagen erklärt der Verfasser utrumque geradezu durch alterutrum.)

1) L. 30. §. §. 1. 3. 4. D. h. t.

Digitized by Google

Zunächst wollen wir auf den Besitz an beweglichen, sodann auf den Besitz an unbeweglichen Sachen Rücksicht nehmen.

In Beziehung auf bewegliche Sachen gilt nun Folgendes: der Besitz an einer beweglichen Sache hört, wegen bloßer Aufhebung des äußerlichen Verhältnisses, auf:

1. sobald wider des bisherigen Besitzers Willen ein Anderer sich der Sache bemächtiget, gleichviel ob heimlich oder durch Anwendung offenbarer Gewalt [2]).

2. Wenn die Sache an einen Ort kommt, welcher unzugänglich oder doch nur mittelst ganz besonderer außergewöhnlicher Veranstaltungen zugänglich ist; wie wenn sie in einen Strom fällt [3]).

3. Auch schon die bloße Unbekanntschaft mit dem Orte, wo sich die Sache befindet, hebt das erforderliche äußerliche Verhältniß auf, es wäre denn, daß sich die Sache nichts destoweniger in des Besitzers besonderm Verwahrsam befinde. Z. B. wenn ich eine Sache auf einer Reise irgendwo habe liegen lassen, ohne zu wissen, an welchem Orte, so hat mein Besitz aufgehört. Dagegen: befindet sich eine Sache in meiner Wohnung, und ich habe sie nur verlegt, so daß ich erst danach suchen muß, so ist der Besitz nicht verloren [4]).

4. Besondere Bestimmungen finden sich in unseren Quellen über den Fall, da ein von uns besessenes, einer wilden Gattung angehöriges Thier den Ort, wo wir es zu halten pflegen, verläßt. Nämlich: ist das Thier auch nicht einmal individuell gezähmt, so hört unser Besitz daran auf, sobald es sich so weit entfernt, daß wir es aus den Augen verlieren, oder daß sich sonst der Wiederergreifung desselben besondere Schwierigkeiten entgegenstellen [5]). Dagegen: ist das Thier, obschon zu einer wilden Gattung gehörig, doch individuell gezähmt; so hören wir darum allein, daß es sich entfernet, und daß wir nicht wissen, wo es sich befindet, keineswegs auf, es zu besitzen. Der Besitz geht erst dann verloren, wenn das Thier den **Animus revertendi** ablegt. Nämlich: solche gezähmte Thiere pflegen, auch wenn sie sich entfernt

2) L. 15. D. h. t.
3) L. 13. pr. D. h. t.
4) L. 3. §. 13. L. 25. pr. L. 44. pr. D. h. t.
5) L. 3. §. 2. L. 5. pr. D. d. A. R. D. XLI, 1. §. 12. I. d. rer. divis. II, 1.

Digitized by Google

haben, von selbst wiederzukehren — und deshalb soll der Besitz erst dann für aufgehoben geachtet werden, wenn das Thier so lange wegbleibt, daß sich annehmen läßt, es habe die Neigung zur Rückkehr verloren [6]).

Was den Besitz unbeweglicher Sachen betrifft, so kann bei einem Grundstück das äußerliche Verhältniß zur Sache möglicher Weise aufgehoben werden dadurch, daß der Besitzer in dem Grundstück selbst als Gefangener behandelt, daß er eingesperrt, daß er gefesselt wird. Denn dadurch wird ihm, obschon er gegenwärtig bleibt, dennoch die Einwirkung auf das Grundstück unmöglich gemacht [7]).

In der Regel wird es indessen auf andere Weise geschehen, daß das äußerliche Verhältniß und nur eben dieses aufgehoben wird — dadurch nämlich, daß ein Anderer dem Besitzer die willkürliche Gegenwart in dem Grundstücke wider dessen Willen unmöglich macht. Ob der Andere seinerseits selbst Besitz ergreifen will, oder ob es ihm nur darum zu thun ist, den gegenwärtigen Besitzstand aufzuheben, darauf kommt nichts an. Wohl aber ist bei dieser Art des Verlustes ein anderer Unterschied wichtig, nämlich der: ob der bisherige Besitzer gegenwärtig ist, oder abwesend; von jedem dieser beiden Hauptfälle muß ich besonders sprechen.

Was zuerst den Fall der Gegenwart betrifft, so ist der Begriff des Gegenwärtigseins so zu fassen: der Besitzer befindet sich entweder in dem Grundstücke selbst, oder in dessen unmittelbarer Nähe. Denken wir uns nun zunächst dieses, daß es zu wirklicher Gewaltthätigkeit gegen den Besitzer kommt, — daß er hinausgeworfen wird aus dem Grundstück, — oder daß er einzugehen gehindert wird; denn diese Hinderung des Eingehens ist dem Hinauswerfen ganz und gar gleich zu achten [8]). Hier ist es denn nun klar, daß der Vertriebene, für jetzt wenigstens, die erforderliche factische Herrschaft über die Sache verloren hat. Kehrt er also in der Folgezeit zurück und vertreibt seinerseits den neuen

6) L. 5. §. 5. D. d. A. R. D. XLI, 1. §. 15. I. d. rer. divis. II, 1.

7) L. 1. §. 47. D. d. vi. XLIII, 16.

8) L. 1. §. 21. L. 3. §. 8. D. eod.

Inhaber der Sache, so läßt sich nicht sagen, daß er den früheren Besitz fortsetze; sondern er hat einen neuen Besitz erworben. Nur dann werden wir die Sache anders anzusehen haben, wenn der Verdrängte auf der Stelle Gewalt mit Gewalt vertreibt: hier mag die schnell vorübergegangene Unterbrechung des Besitzes für keine geachtet werden [9]).

Wir haben bisher angenommen, daß es zu wirklicher Gewaltthätigkeit gegen den Besitzer gekommen ist. Nun läßt es sich aber auch denken: der Besitzer erfährt, daß ein Anderer mit Gewalt in das Grundstück eindringen will, er erfährt dieses auf eine zuverlässige Weise — und so wird er durch gegründete Furcht vor Gewalt bewogen, die wirkliche Ausübung derselben nicht abzuwarten, sondern, ehe es dazu kommt, das Grundstück zu verlassen. Diesen Fall werden wir dem der wirklich ausgeübten Gewalt gleichstellen müssen: die gegründete Furcht vor Gewalt wirkt hier auf die Aufhebung des äußerlichen Verhältnisses ganz ebenso, wie das wirkliche Erleiden derselben [10]).

Ich wende mich nunmehr zu dem zweiten Hauptfall, — nämlich zu dem Fall, da der Besitzer abwesend ist, d. h. da er sich weder in dem Grundstücke selbst befindet, noch auch in dessen unmittelbarer Nähe.

Bleiben wir hier stehen bei der Natur der Sache, so werden wir sagen müssen: der Besitz ist aufgehoben, sobald dem Besitzer die willkürliche ungehinderte Rückkehr dadurch unmöglich gemacht ist, daß während seiner Abwesenheit ein Anderer das Grundstück occupirt hat. Anders aber ist es nach positiven Bestimmungen. Diesen zu Folge geht der Besitz eines Grundstücks für den abwesenden Besitzer dadurch allein, daß ein Anderer das Grundstück occupirt hat, noch nicht verloren [11]). So lange der abwesende Besitzer von demjenigen, was vorgegangen ist, noch keine Kenntniß hat, hört er auf keinen Fall auf, zu besitzen [12]). Erfährt er nun aber, daß ein Anderer sich des Grundstücks bemächtigt hat; so wird der weitere Erfolg durch das Verhalten bestimmt, wel-

9) L. 17. D. eod.

10) L. 33. §. 2. D. d. usurp. et usuc. XLI, 3. (Statt »existimaverit« scheint man mit Cujacius lesen zu müssen »extimuerit.«)

11) L. 3. §. 7. D. h. t.

12) L. 46. D. h. t.

Digitized by Google

ches er beobachtet. Nämlich: kehrt er auf die erhaltene Nachricht zurück und vertreibt denjenigen, welcher das Grundstück occupirt hat, so wird er angesehen gleich einem Gegenwärtigen, der auf der Stelle Gewalt mit Gewalt vertreibt — sein Besitz gilt also, ungeachtet der fremden Occupation, nicht für unterbrochen, er ist keinen Augenblick verloren gewesen. Dagegen, wird der bisherige Besitzer, indem er seinen Gegner zu vertreiben sucht, von diesem überwältigt; so ist dann der Besitz allerdings verloren. Und eben dies gilt in dem Fall, da der bisherige Besitzer, aus Furcht vor seinem Gegner, die Rückkehr gar nicht einmal versucht; er ist dann mit einem Gegenwärtigen zu vergleichen, der, aus Furcht vor der bevorstehenden Gewalt, das Grundstück verläßt, noch ehe die Gewalt ausgeübt ist [13]). — Unter den hierher gehörigen Stellen bedarf die L. 25. §. 2. D. h. t. noch einer weiteren Erklärung. Der Jurist denkt sich den Fall, daß Jemand sich von einem Grundstücke, das er besitzt, entfernt hat, daß er also, nach dem im §. 211 angegebenen Sprachgebrauche, das Grundstück **solo animo** besitzt. Nun nimmt der Jurist ferner an, daß, während der Abwesenheit des Besitzers, ein Anderer sich des Grundstücks bemächtigt. Und dies führt ihn auf die Frage, ob der abwesende Besitzer dadurch zu besitzen aufhöre — eine Frage, die er ganz in Gemäßheit der oben aufgestellten Grundsätze beantwortet. Aber er bedient sich dabei eines Ausdrucks, der leicht mißverstanden werden kann — und das eben ist es, weshalb die Stelle eine Erklärung erfordert. Sie lautet so:

»**Quod autem solo animo possidemus, quaeritur, utrumne usque eo possideamus, donec alius corpore ingressus sit, ut potior sit illius corporalis possessio, an vero usque adeo possideamus, donec revertentes non** (andere Handschriften lesen »nos«: der Sinn ist derselbe. S. Savigny a. a. O. S. 413. Note l.) **aliquis repellat, aut nos ita animo desinamus possidere, quod suspicemur, repelli nos posse ab eo, qui ingressus sit in possessionem? Et id videtur utilius esse.**«

13) L. 8. §. 8. L. 6. §. 1. L. 7. L. 25. §. 2. D. h. t.

Hier wird also der Fall gesetzt, daß der abwesende Besitzer aus Furcht vor seinem Gegner gar nicht zurückkehrt. Und da könnte es auf den ersten Blick scheinen, als nähme der Jurist an, es ginge zwar in diesem Fall der Besitz verloren, aber nicht Corpore, sondern Animo. So jedoch ist es nicht: das »animo« gehört nicht zu desinere, sondern zu possidere. Der Sinn ist dieser: wir hören auf animo zu besitzen, d. h. wir verlieren den bisher in der Entfernung fortgesetzten Besitz, wenn wir die Furcht hegen, von dem Gegner mit Gewalt zurückgewiesen zu werden, und eben deshalb überall gar nicht zurückkehren. »Et id videtur utilius esse.« Also der Jurist tritt der zuletzt bezeichneten Meinung bei.

Zum Beschluß habe ich nun noch darauf aufmerksam zu machen: Die hier angeführten Grundsätze über den Verlust des Besitzes an einem Grundstück, sind natürlich auch von wesentlichem Einfluß auf den Erwerb des Besitzes. Nämlich: an und für sich müssen wir sagen: Wer ein Grundstück in der Abwesenheit des bisherigen Besitzers occupirt, wird dadurch sofort selbst Besitzer. Aber in Gemäßheit der erwähnten Grundsätze können wir das nicht behaupten. Die bloße Occupation ist noch nicht hinreichend, den bisherigen Besitz aufzuheben — mithin ist sie auch nicht genügend, neuen Besitz zu geben. Dies ist jene Modification, die ich vorläufig schon im §. 208 angedeutet habe.

§. 213.

β. Verlust durch Willensänderung.

Schon im §. 211 ist bemerkt worden, daß das bloße Unterlassen des für den Erwerb des Besitzes erforderlichen Wollens den Besitz nicht aufhebt. Wohl aber ist er aufgehoben, sobald die Unmöglichkeit eintritt, das ursprüngliche, bei dem Erwerbe vorhanden gewesene Wollen zu reproduciren. Diese Unmöglichkeit wird dadurch, daß etwa der Besitzer in Wahnsinn verfällt, noch keineswegs herbeigeführt; denn immer bleibt hier die Möglichkeit der Genesung und damit also auch die Möglichkeit, den Animus zu reproduciren. Dagegen wird die Reproduction durch ein bestimmtes Nichtwollen des Besitzes, durch ein positives

Digitized by Google

Aufgeben des Animus allerdings unmöglich gemacht; der Besitz geht dadurch sofort verloren [1]). Zu diesem positiven Aufgeben des Animus bedarf es aber nicht gerade einer ausdrücklichen Erklärung. Es kann auf eine solche Absicht auch geschlossen werden; wie dies z. B. nicht selten der Fall ist, bei dem s. g. Constitutum possessorium. S. §. 210. Aber der Fall kann auch außerdem vorkommen. So, wenn der Besitzer eines ländlichen Grundstücks ohne hinreichende Ursache, lange Zeit abwesend ist, und sich um das Grundstück nicht bekümmert [2]).

Uebrigens versteht es sich, daß derjenige, welcher als willenlos betrachtet wird, durch bloße Veränderung des Animus den Besitz nicht verlieren kann. Dies gilt natürlich von dem Wahnsinnigen [3]): aber auch der Unmündige, obschon nicht schlechthin willenlos, ist doch ohne die hinzutretende Auctorität seines Tutors solcher Willenshandlungen unfähig, wodurch er Rechte, Vortheile aufgibt. Daher kann er denn auch, für sich allein, durch bloßes Aufgeben des Animus den Besitz nicht verlieren [4]). Diesem nach ist bei Unmündigen ein großer Unterschied zwischen dem Erwerbe und dem Verluste des Besitzes.

§. 214.

7. Verlust im Fall der Stellvertretung.

I. Derjenige, welcher seinen Besitz durch einen Stellvertreter ausübt, verliert denselben dadurch, daß bloß in seiner eignen Person das äußerliche Verhältniß zur Sache aufgehoben wird, keineswegeS. Denn, ist er schon gehindert, unmittelbar in eigener Person auf die Sache einzuwirken, so kann er es doch mittelbar durch seinen Stellvertreter [1]).

II. Wer seinen Besitz durch einen Stellvertreter ausübt, kann den Besitz möglicherweise an den Stellvertreter selbst verlieren. Es kann dies geschehen mit des Besitzers, also mit des Repräsentirten, Zustimmung; dann haben wir eine Traditio brevi manu, wovon schon früher die Rede gewesen ist. Aber es

1) S. §. 211. Note 4.
2) §. 7. I. d. usucap. etc. II, 6. L. 37. §. 1. D. eod. XLI, 3. L. 4. C. h. t.
3) L. 27. D. h. t.
4) L. 29. D. h. t.
1) L. 1. §. 45. D. d. vi. XLIII, 16.

Digitized by Google

kann der Repräsentirte den Besitz auch wider seinen Willen an den Repräsentanten verlieren; und das erfordert eine besondere Erörterung.

Dadurch allein, daß der Repräsentant anfängt, in seinem eigenen Namen besitzen zu wollen, wird er noch nicht Besitzer. Es hat dies seinen Grund in jener Regel, die wir im §. 207. haben kennen gelernt: »**Nemo sibi ipse causam possessionis mutare potest.**« Also: es muß zu der Veränderung in dem **Animus** des Repräsentanten immer noch etwas Anderes hinzukommen. Es fragt sich, was ist dieses Andere?

Bei einer beweglichen Sache muß **Contrectation** der Sache von Seiten des Repräsentanten hinzukommen [2]). Unter **Contrectatio** wird verstanden körperliche, mit Bewegung der Sache verbundene Einwirkung auf dieselbe. Wenn nun aber Jemand eine von einem Andern besessene Sache wider des Andern Willen zu seinem Vortheile contrectirt, so liegt darin ein **Furtum**. Und so können wir also sagen: wider des Repräsentirten Willen kann der Repräsentant nur durch ein **Furtum** Besitzer werden; erst mit dem **Furtum** fängt sein Besitz an. Hiermit könnte es nun an sich wohl bestehen, daß doch der Repräsentirte schon früher den Besitz verlöre. Man kann nämlich so sagen: sobald der Repräsentant auch nur den Entschluß faßt, die Sache in eigenem Namen zu besitzen, so hört damit der Besitz des Repräsentirten auf. Erfolgt nun nach einiger Zeit die Contrectation der Sache durch den Repräsentanten, so fängt dieser an zu besitzen. In der Zwischenzeit aber hat Niemand die Sache besessen. Unter den älteren Römischen Rechtsgelehrten sahen nun auch Einige die Sache in der That auf diese Weise an [3]). Aber Andere waren der Meinung, der Repräsentirte verliere den Besitz erst in dem Augenblick, in welchem der Repräsentant zu besitzen anfange — und diese Ansicht ist die geltende für das Justinianische Recht [4]).

Bei unbeweglichen Sachen muß zu der Willensänderung des Repräsentanten ganz dasselbe hinzukommen, was nöthig ist, wenn

2) L. 3. §. 18. D. h. t.
3) Siehe L. 47. D. h. t.
4) cit. L. 3. §. 18. D. h. t.

Digitized by Google

irgend ein Anderer den Besitz erwerben soll, und so ist denn namentlich, wenn der Repräsentirte abwesend ist, nothwendig, daß er von der Willensänderung des Repräsentanten Kunde erhalte. Ich erinnere an den §. 212.

III. Wer seinen Besitz durch einen Stellvertreter ausübt, kann denselben möglicher Weise in der Art verlieren, daß er ihn zwar nicht *an*, aber doch *durch* den Repräsentanten verliert, dadurch also, daß sich mit diesem eine Veränderung zuträgt, die ihn selbst nicht zum Besitzer macht.

Hierüber ist Folgendes zu bemerken:

Die Regel ist: sind die Umstände nicht von der Art, daß ich, der Repräsentirte, auch ohne alle Repräsentation den Besitz verloren hätte, so dauert mein Besitz nach wie vor fort. So z. B. höre ich dadurch allein, daß mein Stellvertreter mit Tode abgeht, nicht auf, zu besitzen [5]); dagegen, sind die Umstände so beschaffen, daß ich den Besitz verloren hätte, auch wenn ich ihn unmittelbar selbst ausgeübt hätte, so hört mein Besitz allerdings auf. So z. B. wenn die besessene Sache physisch vernichtet wird.

Etwas Besonderes ist nur über zwei Fälle zu bemerken:

1. Wenn ich in der Abwesenheit ein Grundstück durch einen Repräsentanten besitze, und dieser durch Gewalt aus dem Grundstück vertrieben wird, so verliere ich den Besitz sofort selbst, ohne von dem Vorgange benachrichtigt zu sein; die Gegenwart eines Repräsentanten ist so gut, wie meine eigene [6]).

2. Denken wir uns, der Repräsentant wird nicht verdrängt, sondern er hebt freiwillig das äußerliche Verhältniß auf, in dem er zu der Sache steht, er verläßt z. B. das Grundstück, an welchem er meinen Besitz ausübt. Wenn nun da kein Dritter die Sache occupirt, so geht mein Besitz nicht verloren [7]). Occupirt sie aber ein Dritter, so höre ich auf zu besitzen [8]). Unter den classischen Juristen scheint es auch noch andere Ansichten gegeben zu haben [9]). Für das Justinianische Recht kommt es nicht so-

5) L. 25. §. 1. L. 40. §. 1. init. D. h. t.

6) L. 1. §. 22. D. d. vi. XLIII, 16.

7) L. 31. D. d. dolo. IV, 3. L. 7. pr. D. pro emtore. XLI, 4.

8) L. 33. §. 4. D. d. usurp. et usuc. XLI, 3.

9) Vgl. L. 3. §. §. 8. 9. L. 40. §. 1. D. h. t. Savigny, §. 33. (6te Aufl. S. 427. folg.)

Digitized by Google

wohl auf diese Pandektenstelle an, als auf eine Constitution Justinian's [10]). In dieser nämlich verordnet Justinian, daß aus einem solchen Vorgange für mich keinerlei Nachtheil entstehen könne, mithin muß mein Besitz in jedem Falle fortdauern.

II. Von dem uneigentlichen Besitze. (§. §. 215. 216.).

§. 215.

A. Im Allgemeinen.

Dem eigentlichen Besitze, von dem allein bisher die Rede gewesen ist, liegt die Vorstellung der vollständigen factischen Herrschaft über eine körperliche Sache zum Grunde. Nun aber läßt sich auch ein factisches Verhältniß zu einer Sache denken, welches nicht jene vollständige Herrschaft über dieselbe gewährt, sondern nur eine gewisse, bestimmte Art der Verfügung. Ein solches Verhältniß mag als ein Analogon des eigentlichen Besitzes betrachtet werden; und in der That geschieht dies im Römischen Rechte, nämlich in folgender Weise:

Wer zu einer Sache in einem, dem Begriffe einer Servitut, oder dem Begriffe der Superficies entsprechenden factischen Verhältnisse steht, wird in diesem Verhältnisse durch possessorische Interdicte geschützt; und ferner, die fortgesetzte Ausübung einer Servitut führt auf eine ähnliche Weise zu dem Erwerbe derselben, wie der fortgesetzte eigentliche Besitz Eigenthum gewährt. Für dieses Analogon des eigentlichen Besitzes wird der Ausdruck **Quasi possessio** gebraucht [1]), desgleichen **Possessio juris**, im Gegensatz gegen **Possessio corporis**, worunter dann der eigentliche Besitz verstanden wird [2]). In dieser letzten Art der Bezeichnung liegt etwas Schiefes. Denn der Gegenstand des Besitzes ist bei der **Quasi possessio** eben so gut eine körperliche Sache, wie bei dem eigentlichen Besitze. Allerdings hat die **Quasi possessio** zugleich eine Beziehung auf den Begriff eines Rechts, als dessen Ausübung sie erscheint, aber darin liegt nichts

10) L. ult. C. h. t.

1) L. 23. §. 2. D. ex quib. caus. majores etc. IV, 6. L. 10. pr. D. si servit. vindic. etc. VIII, 5. L. 3. §. 17. D. d. vi. XLIII, 16.

2) L. 2. §. 3. D. d. precario. XLIII, 26.

Digitized by Google

ihr Eigenthümliches — eine solche Beziehung findet sich auch bei dem eigentlichen Besitze: denn erscheint nicht der eigentliche Besitz, inwieweit er ein ursprünglicher ist, als Ausübung des Eigenthums? Es ist indessen einmal üblich, bei dem uneigentlichen Besitze, von dem Rechte, worauf er sich bezieht, so zu sprechen, wie wenn dieses den Gegenstand desselben ausmachte.

Das Römische Recht kennt keine andere Quasi possessio als in Bezug auf Servituten und Superficies. Zwar ist in den Quellen mehrmals auch davon die Rede, daß die Freiheit von einer Servitut usucapirt werden könne; und ohne Besitz gibt es keine Usucapion — mithin wird hinsichtlich jener Freiheit, jener Libertas ein Besitzstand anerkannt. Aber dieser Besitz gehört nicht in den Bereich des uneigentlichen Besitzes. Es ist eigentlicher Besitz, nur gedacht in einer speciellen Beziehung, nämlich in der Beziehung, daß Jemand die allgemeine Herrschaft über eine Sache, welche der eigentliche Besitz gewährt, insbesondere gegen die Ansprüche desjenigen geltend macht, welcher sich eine Servitut an der Sache beilegt, und zwar dadurch geltend macht, daß er etwas diesen Ansprüchen Widerstreitendes vornimmt. Daher gewährt denn auch die Usucapion der Freiheit kein eigenthümliches Recht, sondern sie dient nur zur Vervollständigung des Eigenthums. Das Nähere über diesen Gegenstand wird vorkommen in den §. §. 309 und 310. — Hier habe ich davon nur gesprochen, um bemerklich zu machen, daß der Besitz der Freiheit von einer Servitut, nicht aus dem Gesichtspuncte einer Quasi possessio zu betrachten sei. Und so werden wir denn sagen können: die Römer wissen von einer Quasi possessio nur bei Servituten und bei der Superficies.

Heutigen Tages gestattet nun aber der Begriff der Quasi possessio allerdings eine erweiterte Anwendung. Bei uns gibt es Rechte, welche den Römern entweder ganz, oder doch wenigstens in der Art, wie sie bei uns vorkommen, unbekannt waren; Rechte, deren Ausübung sich vergleichen läßt mit der Ausübung der Servituten. Wenn daher hierauf die Römischen Grundsätze von der Quasi possessio analoger Weise angewandt worden, so

Digitized by Google

geschieht das mit vollem Rechte und ganz im Geiste des Römischen Rechts. In die Classe dieser Rechte gehört z. B. das Zehntrecht, das Recht auf Frohndienste u. s. w. Dagegen ist es ganz und gar unstatthaft, den Begriff der Quasi possessio zu beziehen auch auf Obligationen und Familienverhältnisse. Viele zwar unter den Neueren fassen den Begriff der Quasi possessio so allgemein, daß sie darunter jede Ausübung eines Rechtes, außer dem Eigenthum verstehen; und demgemäß sprechen sie denn von einer Quasi possessio auch bei Obligationen und Familienverhältnissen. Aber das ist unrichtig. Von Ausübung läßt sich füglich bei jedem Rechte sprechen; aber nicht bei jedem Rechte ist die Ausübung analog jener in dem ursprünglichen eigentlichen Besitze enthaltenen Ausübung des Eigenthums; und wo es an dieser Analogie fehlt, da kann auch keine Quasi possessio angenommen werden [3]).

Uebrigens, ungeachtet heutigen Tages der Begriff der Quasi possessio auf diejenigen Rechte, deren ich vorhin zuerst erwähnte, nicht ohne Grund ausgedehnt wird; so müssen wir dennoch hier von jenen Rechten abstrahiren, da sie, wie schon bemerkt worden ist, dem Römischen Rechte fremd sind. Wir bleiben also stehen bei den Servituten und bei der Superficies.

Auf den Besitz, welcher rücksichtlich dieser angenommen wird, finden die Merkmale, welche den Begriff des eigentlichen Besitzes bilden, analoge Anwendung. Auch hier wird ein gewisses äußerliches Verhältniß erfordert; womit eine gewisse Bestimmung des Willens verbunden sein muß, und diese besteht hier in der Absicht, das Recht, von welchem eben die Rede ist, in der That auszuüben [4]).

Wie der Begriff der Quasi possessio dem Begriffe der ei-

3) Wegen der hier entwickelten Ansicht verweise ich auf Savigny a. a. O. §. §. 12. 49., desgleichen auf Wening-Ingenheim, gem. Civilr. B. I. §. 181. Mühlenbruch, Pand. §. 236.

4) L. ult. D. quemadmod. servit. etc. VIII, 6. L. 7. D. d. itinere actuque priv. XLIII, 19. »Si per fundum tuum nec vi, nec clam, nec precario commeavit aliquis, non tamen tanquam id suo jure faceret, sed si prohiberetur non facturus, inutile est ei interdictum de itinere actuque: nam ut hoc interdictum competat, jus fundi possedisse oportet.«

Digitized by Google

gentlichen possessio nachgebildet ist; so finden auch die Grundsätze über Erwerb und Verlust des eigentlichen Besitzes auf die Quasi possessio eine analoge Anwendung. Im Ganzen kann ich mich daher dieserhalb auf das in dem vorigen Abschnitte Vorgetragene beziehen. Nur in Ansehung des erforderlichen äußerlichen Verhältnisses bedarf es noch einer weiteren Erörterung. Es ist nämlich nöthig, die Beschaffenheit des äußerlichen Verhältnisses, welches entstehen muß, wenn eine Quasi possessio soll erworben werden, noch näher nachzuweisen. Und eben so ist es nöthig zu zeigen, wann das erforderliche äußerliche Verhältniß für aufgehoben, und deshalb die Quasi possessio für verloren zu achten ist.

§. 216.

B. Nähere Bestimmungen in Betreff des äußerlichen Verhältnisses.

Zuerst ist Rücksicht zu nehmen auf die Personal-Servituten; was von diesen gilt, gilt auch von der Superficies.

Die Ausübung der persönlichen Servituten erfordert nothwendig die Detention der Sache, worauf sie sich beziehen. Daher ist hier in Ansehung der äußerlichen Verhältnisse alles dasjenige erforderlich, was für den eigentlichen Besitz erfordert wird. Und so kann man z. B. sagen: damit Jemand in Hinsicht des Ususfructus in quasi possessione sei, damit er die darauf sich beziehende Juris possessio habe, dazu ist natürlicher eigentlicher Besitz erforderlich, also eine naturalis, corporalis possessio, inwieweit darunter die bloße Detention einer Sache verstanden wird [1]).

Wie nun aber die Detention der Sache nothwendig ist, damit bei persönlichen Servituten der Besitz entstehen könne; so geht umgekehrt, der Besitz Corpore verloren, sobald die Detention aufhört.

Was zweitens die Prädialservituten betrifft, so müssen wir drei Classen derselben von einander unterscheiden:

1) L. 12. pr. D. h. t. »Naturaliter videtur possidere is, qui usumfructum habet.«

A. diejenigen affirmativen Prädialservituten, wobei die Benutzung des dienenden Grundstücks mit der des herrschenden Grundstücks in unmittelbarer Verbindung steht. — Hierher gehört z. B. die Servitus tigni immittendi. Diese und andere ähnliche Servituten setzen immer irgend eine dauernde Anstalt voraus, durch deren Vorhandensein eben die Servitut ausgeübt wird, in deren Dasein denn also auch das für den Besitz erforderliche äußerliche Verhältniß besteht. So eben bei der Servitus tigni immittendi. Diese Servitut übe ich dadurch aus, daß ich in der That in des Nachbars Mauer einen Balken befestigt habe [2]). Wie nun aber mit dem Dasein der erforderlichen Anstalt das äußerliche Verhältniß entsteht, so wird durch das Aufhören jener Anstalt das äußerliche Verhältniß, und damit zugleich der Besitz aufgehoben.

B. Diejenigen affirmativen Prädialservituten, welche zu solchen Handlungen berechtigen, die auf das herrschende Grundstück nur eine mittelbare Beziehung haben. Von dieser Art sind z. B. die Wegegerechtigkeiten. Bei diesen und anderen ähnlichen Servituten besteht das zum Besitz erforderliche äußerliche Verhältniß darin, daß man die Handlungen, wozu die Servitut ihrem Begriffe nach berechtigt, wirklich und in der That vornimmt, daß man also z. B. über das Grundstück des Andern wirklich geht, reitet, Vieh treibt, fährt [3]). Daß dieses bloße Gehen, Reiten u. s. w. für sich allein noch keine Quasi possessio ausmacht, versteht sich, vielmehr muß der Animus exercendi servitutem hinzukommen [4]). Aber hier ist nur eben vom äußerlichen Verhältnisse die Rede; den Animus setzen wir voraus. Also, soll der Besitz erworben werden, so müssen jene Handlungen wirklich vorgenommen werden. Wird aber der Besitzer in der Folge durch Widerstand, den er erfährt, an der Ausübung der gedachten Handlungen gehindert, so ist damit der Besitz aufgehoben.

C. Negative Prädial-Servituten. Hierher gehört z. B. die Servitus altius non tollendi, die Servitus ne luminibus officiatur u. s. w. Dabei ist nun so viel klar, daß das bloße

2) L. 20. pr. D. d. S. P. U. VIII, 2.
3) L. ult. D. d. servitut. VIII, 1.
4) S. den vor. §. Note 4.

Digitized by Google

zufällige Unterlassen desjenigen, was der Andere, im Fall einer wirklichen Servitut, zu unterlassen gehalten sein würde, zu dem für den Besitz erforderlichen äußerlichen Verhältnisse noch nicht hinreichend sein kann. Sondern es muß zu diesem Unterlassen irgend eine Nöthigung hinzukommen, wodurch es den Charakter des Zufälligen verliert. Daher wird das Unterlassen von Seiten des Andern für mich einen Besitzstand begründen können, wenn der Andere das Gegentheil wirklich versuchte, wenn er z. B. Anstalt machte, höher zu bauen, auf meinen Einspruch aber es unterließ, oder auch gewaltsamer Weise von mir gehindert wurde, oder zu der Unterlassung durch ein von mir ausgewirktes richterliches Verbot bestimmt wurde. Aber auch das reine Unterlassen des Andern, ohne allen Versuch des Gegentheils, wird mir den Besitz verschaffen, sobald eine juristische Handlung vorangegangen ist, welche ihrem allgemeinen Charakter nach geeignet ist, mir das Recht der Servitut zu geben; denn auch in diesem Falle erscheint die Unterlassung von der andern Seite nicht als etwas rein Zufälliges, denn es liegt in dem Vertrage, in dem Testamente eine Nöthigung dazu.

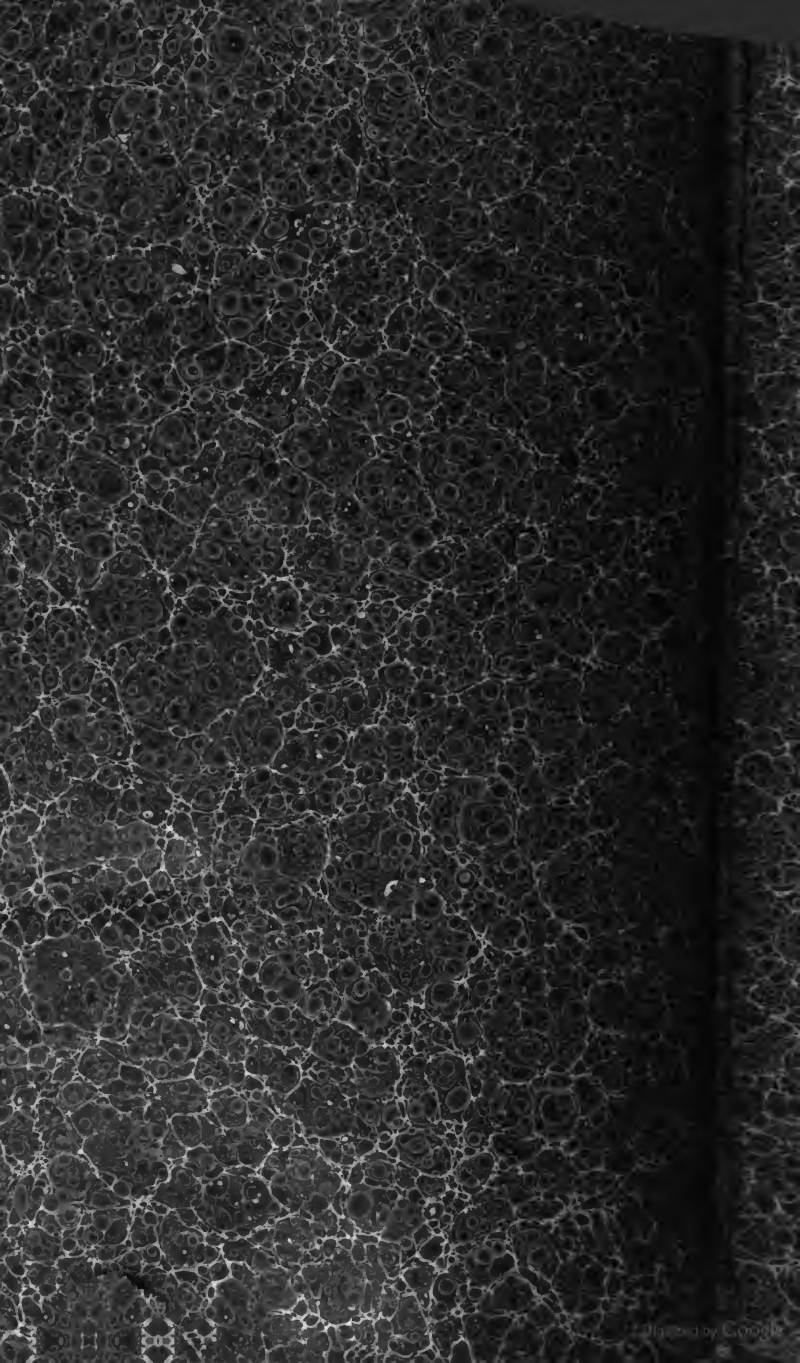
Durch ein solches Unterlassen nun, wie ich es hier bezeichnet habe, wird das für den Besitz erforderliche äußerliche Verhältniß begründet. Dagegen hört dieses äußerliche Verhältniß auf, und der Besitz geht also verloren, sobald der Andere dasjenige, was er nach dem Begriffe der Servitut unterlassen soll, wirklich vornimmt, z. B. bei der **Servitus altius non tollendi**, wenn er wirklich höher bauet. Oder wenn zwar das Unterlassen von des Andern Seite fortdauert, aber sonst etwas geschieht, wodurch der Vortheil, den dieses Unterlassen mir gewähren soll, aufgehoben wird, wie wenn ich mir die **Servitus altius non tollendi** in Bezug auf ein Gebäude zuschreibe, welches nicht unmittelbar an mein Grundstück grenzt. Hier mag immer der Besitzer jenes Grundstücks es unterlassen, höher zu bauen; es kann aber sein, daß Einer, dessen Grundstück in der Mitte liegt, sein Gebäude erhöhet, und daß nunmehr die unterlassene Erhöhung des erst gedachten Gebäudes, für mich keinen Nutzen weiter hat.

Digitized by Google

Druck von Friedrich Ernst Huth.

Digitized by Google

Digitized by Google



Digitized by Google